

L'ADJUDICATION
du FONDS de COMMERCE
SUR POURSUITE DES CRÉANCIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 5 Juin 1937, à 14 heures

PAR

Jean ROUSSELOT

JURY :

Président : M. HAMEL, Professeur.

Suffragants { M. Maurice PICARD, Professeur.
M. AMIAUD, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais, 96
PARIS

—
1937

**L'ADJUDICATION DU FONDS DE COMMERCE
SUR POURSUITE DES CRÉANCIERS**

L'ADJUDICATION
du FONDS de COMMERCE
SUR POURSUITE DES CRÉANCIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 5 Juin 1937, à 14 heures

PAR

Jean ROUSSELOT

JURY :

Président : M. HAMEL, Professeur.

Suffragants { M. Maurice PICARD, Professeur.
 { M. AMIAUD, Professeur.

LES PRESSES MODERNES
96, Galerie Beaujolais, 96
PARIS

1937

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs*



L'Adjudication du Fonds de Commerce sur poursuite des Créanciers

Introduction

Les fonds de commerce, depuis une cinquantaine d'années et plus particulièrement depuis la guerre, ont pris une valeur considérable et, quoique composés d'éléments divers, forment aujourd'hui des biens présentant une certaine individualité.

Leur importance dans la vie pratique a nécessité une intervention législative qui s'est manifestée surtout par la loi du 17 mars 1909, qui a réglé les modalités de leur vente, de leur mise en gage, et aussi de leur réalisation forcée.

Nous avons l'intention, dans cette étude, d'étudier la procédure de vente forcée des fonds de commerce dans une de ses phases : celle qui est comprise entre le jugement ordonnant la vente et la distribution, par voie de contribution, des deniers en provenant.

Par suite, nous laisserons de côté l'étude des divers cas dans lesquels les créanciers peuvent demander la vente du fonds et les moyens employés pour parvenir au jugement, ainsi que les moyens à employer par le créancier pour arriver, à défaut d'entente amiable, à la répartition du prix et les difficultés qui surgissent lors de cette répartition.

En outre, nous nous bornerons à examiner les cas de vente forcée, poursuivie par les créanciers inscrits et chirographaires directement, sur saisie exécution et pour éviter le démembrement du fonds, ou par le syndic de faillite (articles 15, 16, 18 et 20 de la loi du 17 mars 1909).

La vente à la requête de propriétaires indivis restera en dehors

de notre étude, car l'emploi des formes de la loi de 1909 est facultatif, et cette vente se rattache aux opérations de partage des successions.

La phase de la procédure que nous nous proposons d'étudier a pour caractère particulier de se dérouler sans l'intervention de l'autorité judiciaire. Sans doute serons-nous obligés d'étudier le jugement ordonnant la vente, mais uniquement en tant qu'il constitue le titre de la poursuite et qu'il contient la mission de l'officier public commis pour procéder à la vente.

C'est ce caractère de cette phase de la procédure qui nous a guidés dans le choix de cette étude, qui aura donc spécialement pour but d'examiner et d'essayer de résoudre les nombreuses difficultés que rencontre l'officier public commis dans l'exécution de sa mission.

En effet, au cours de la procédure de saisie immobilière, l'autorité judiciaire n'intervient qu'au moment où la situation est bien déterminée, où le cahier de charges est rédigé et où les contestations des intéressés sont déjà formulées; au contraire, la procédure de vente forcée du fonds de commerce ne nécessite l'intervention du tribunal qu'à son début, par suite le jugement n'est qu'une autorisation de faire vendre et c'est l'officier public commis qui aura à exécuter ce jugement qui lui a fixé sa mission d'une manière très générale sans avoir pu prévoir les difficultés qui ne se révéleront que lors de la rédaction du cahier de charges ou même peut être au moment même de l'adjudication.

Le tribunal n'a pas à intervenir dans cette procédure; sauf le cas de contestation, il n'a pas à homologuer le cahier de charges ni à sanctionner l'adjudication.

La mission de l'officier public commis est délicate pour plusieurs raisons :

1° — La nature juridique du fonds de commerce est très imprécise.

Il n'existe aucune définition légale du fonds de commerce et dans la loi de 1909 qui est la base de la législation en cette matière, le législateur a refusé, à dessein, de le définir.

La doctrine et la Jurisprudence sont toutes les deux très partagées sur le qualificatif à donner au fonds de commerce.

Si nous écartons les théories qui ont voulu faire du fonds de commerce un patrimoine d'affectation ou une personne morale et qui n'ont plus à l'heure actuelle de partisans, nous trouvons encore en présence les théories qui en font une universalité juridique, une universalité de fait ou une entité sui generis.

Il est difficile d'admettre que le fonds de commerce soit une universalité juridique car on ne voit pas le lien juridique qui unit ces divers éléments.

Ce qui est certain, c'est que si divers biens ou droits constituent un fonds de commerce, c'est parce qu'ils ont été acquis ou créés par une personne en vue de pratiquer certaines opérations commerciales. Le lien qui unit les divers éléments du fonds est donc un lien de fait qui réside dans la volonté du commerçant de les faire servir à son but commercial.

M. Wahl (1) le définit : L'ensemble des éléments susceptibles de concourir à faire naître les gains d'un établissement commercial ou industriel. MM. Lyon-Caen et Renault donnent une définition semblable.

Ces définitions sont très imprécises, car elles font résulter la dépendance des éléments d'un fonds d'une question de fait.

En outre, on reconnaît ordinairement au fonds de commerce la nature de meuble incorporel, et la jurisprudence, inconséquente avec elle-même, n'applique pas toutes les conséquences de ce caractère, ainsi que nous le verrons plus loin.

2° — Les intérêts en présence dans la procédure de vente forcée sont nombreux et opposés.

Nous nous trouvons en présence d'un vendeur qui est en général insolvable, ce qui rend illusoire tout recours contre lui comme garant ou pour toute autre raison et ne permet pas de compter sur son concours pour la bonne marche de la procédure — de créanciers inscrits qui veillent à ce que tout ce qui leur a été donné en gage soit bien com-

(1) *Précis Théorique et Pratique de Droit Commercial*, Edition 1922, page 85.

pris dans la vente —, et du poursuivant, qui fait son possible pour que le cahier de charges lui soit favorable.

3° — Le fonds de commerce a une composition qui varie avec le temps.

Les marchandises en sont renouvelées et vendues, elles sont susceptibles de dépérissement et les éléments incorporels eux-mêmes peuvent disparaître. Il faut donc que la procédure soit menée rapidement.

4° — Les divers biens qui constituent le fonds de commerce doivent être vendus ensemble pour qu'ils atteignent leur prix maximum. Cette nécessité rend difficile l'élaboration d'un système permettant à la fois d'obtenir un prix pour l'ensemble et un prix pour chaque élément, de façon que les privilèges puissent s'exercer sur le prix de leur gage spécial.

5° — Il n'existe que peu de décisions jurisprudentielles de principe en notre matière. La plupart des décisions émanent des tribunaux de commerce et visent des cas d'espèce où la situation influe sur les motifs de droit. En outre, elles sont contradictoires en bien des cas.

Dans une première partie, nous étudierons le jugement ordonnant la vente, son contenu et ses effets.

Dans une deuxième partie, les formalités préalables à l'adjudication, c'est-à-dire la rédaction du cahier des charges, la publicité, les sommations et les incidents.

Dans une troisième partie, l'adjudication, sa forme, ses effets, l'expertise des éléments corporels, les formalités postérieures à l'adjudication, la folle enchère et le paiement du prix.

Dans une quatrième partie, la répartition amiable du prix.

PREMIÈRE PARTIE

Etude du Jugement ordonnant la vente

Le jugement ordonnant la vente est la base essentielle de toute la procédure de l'adjudication, d'abord parce que c'est l'acte par lequel la vente du fonds sera possible, sans la volonté du propriétaire du fonds, et ensuite, parce que le dispositif du jugement donne le pouvoir à un officier public de procéder à la vente et contient les données avec lesquelles l'officier public commis rédigera les divers actes qui constitueront le contrat constatant la transmission de la propriété de ce fonds.

CHAPITRE PREMIER

CONTENU DU JUGEMENT

La loi du 17 mars 1909 a fixé le contenu du dispositif du jugement. Celui-ci varie selon que la vente est ordonnée à la suite de poursuites de saisie exécution pour éviter le démembrement du fonds (art. 15), sur poursuite de créanciers inscrits (art. 16), ou à la demande de titulaire d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds (art. 18).

En outre de ce contenu, fixé par la loi, le jugement peut selon les circonstances de la cause contenir diverses stipulations particulières.

Le jugement contient des dispositions essentielles sans lesquelles la vente ne pourrait pas être poursuivie, car il s'agit de dispositions que la loi a entièrement laissé au Tribunal le soin de régler.

SECTION I: — DISPOSITIONS ESSENTIELLES

§ 1. LE JUGEMENT ORDONNE LA VENTE.

Tout d'abord le Tribunal doit ordonner la vente. Le Tribunal après examen de la cause fait droit à la demande du poursuivant.

Cette disposition n'est que la constatation du droit du poursuivant de faire procéder à la vente et une autorisation de vente du fonds sans le concours du propriétaire.

Il ne faut pas y voir autre chose, et ainsi que nous le verrons plus loin en étudiant les effets du jugement, celui-ci, loin d'emporter la transmission de propriété du fonds, n'entraîne aucune indisponibilité.

§ 2. DÉLAI POUR PROCÉDER A LA VENTE

Dans son article 15, ainsi que dans l'article 20 qui renvoie à l'article 15, la loi du 17 mars 1909 a imposé au Tribunal de fixer un délai pour procéder à la vente.

Ce délai est imparti dans le cas de l'article 15 au débiteur qui,

sur une poursuite de saisie exécution, a demandé la vente du fonds, et, dans le cas de l'article 20, au créancier inscrit qui, sur une demande de vente d'un élément du fonds a demandé la vente globale.

Le but de ce délai apparaît nettement : la loi afin de favoriser une vente globale qui est plus avantageuse qu'un démembrement du fonds permet d'arrêter les poursuites partielles, mais, afin que cette suspension des poursuites ne nuise pas aux créanciers, elle veut que cette vente globale ait lieu rapidement et n'arrête pas indéfiniment les poursuites partielles.

Par suite, il n'y a pas lieu, pour le Tribunal, de fixer de délai quand la vente a lieu à la demande d'un créancier inscrit (Art. 16), ou d'un créancier ayant une créance relative à l'exploitation du fonds (Art. 18).

En général, le Tribunal n'accorde qu'un délai très bref : 3 mois à partir de la signification du jugement, ou 6 mois à partir du prononcé du jugement si celui ci a lieu par défaut.

Ce délai est souvent trop court, car l'adjudication ne peut avoir lieu qu'un mois au moins après la rédaction du cahier des charges, s'il y a des privilèges de vendeurs inscrits sur le fonds.

Dans le cas où le délai est dépassé, le poursuivant ou le propriétaire du fonds, selon le cas, peut demander au tribunal la prorogation de ce délai.

Etant donné le but de ce délai, il ne semble pas que le tribunal soit en droit d'accorder la prorogation si les poursuites de saisie exécution ou de vente d'un élément de fonds ont été reprises depuis l'expiration du délai.

Quel est l'effet de l'expiration du délai ? Celui auquel le délai a été imparti perd-il tout droit à faire procéder à la vente ?

En se reportant au but de ce délai, et au § 4 de l'art. 15, on peut voir que par l'expiration du délai la partie ayant le droit de faire procéder à la vente ne perd pas son droit, mais que les poursuites de saisie exécution et, par voie de conséquence, la vente d'un élément séparé du fonds peuvent être continuées.

Par suite, la vente globale poursuivie après l'expiration du délai

ne serait pas nulle, la loi d'ailleurs n'ayant pas frappé de nullité cette vente (1).

En effet, les parties qui, à l'expiration du délai, avaient recouvré leur droit de poursuite et n'en ont pas usé, n'ont qu'à supporter les conséquences de leur négligence.

Il est d'ailleurs à remarquer que, si les parties contre qui a été rendu le jugement ordonnant la vente globale ont été sommées de prendre connaissance du cahier des charges, elles pouvaient opposer la nullité de la procédure dans le délai de l'article 17, § 6.

Si après l'expiration du délai, la saisie exécution ou la vente d'un élément séparé sont poursuivies concurremment avec la vente globale du fonds, il y a certainement lieu de surseoir à la vente globale.

Si la vente globale a lieu avant la vente des éléments séparés ou la saisie exécution, la vente globale leur fait-elle échec ? Et les parties poursuivant la vente globale peuvent-elles invoquer l'article 17 § 6 et repousser la demande ?

Il y a lieu de répondre par l'affirmative car l'article 17 § 6 s'étend certainement à ce cas où la nullité des formalités antérieures à la vente pourrait être demandée et en outre, les parties demandant la saisie exécution n'éprouvent aucun préjudice.

Si au contraire, la vente globale a lieu après la vente par suite de saisie exécution ou de vente d'un élément séparé, les éléments du fonds vendus antérieurement à l'adjudication du fonds étant sortis du patrimoine du vendeur du fonds ne seront pas compris dans l'adjudication du fonds.

Dans ce cas, l'adjudicataire n'aura qu'à exercer l'action en garantie.

Dans le cas où la vente est poursuivie par un créancier pour une créance se rattachant à l'exploitation du fonds ou qui a agi par la saisie exécution, le tribunal peut laisser au débiteur un délai pour se libérer avant la vente du fonds.

§ 3. COMMISSION DE L'OFFICIER PUBLIC

Le jugement rendu, le tribunal¹, sauf incidents, n'a plus à s'oc-

(1) (Seine, 19 novembre 1926. *Gazette des Tribunaux*, 27 juillet 1926).

cuper du reste de la procédure. Désormais, c'est un officier public commis par le tribunal qui procédera à la vente.

La loi de 1909 n'a pas précisé quelle classe d'officier ministériel était compétente pour procéder à la vente, et cette omission est volontaire.

Par suite de cette imprécision de la loi, il y a lieu de se rapporter aux principes généraux pour déterminer quelle classe d'officier ministériel est compétente.

Si la nature du fonds de commerce était une chose nettement déterminée, on pourrait résoudre facilement la question, mais comme, ainsi que nous l'avons montré la doctrine et la jurisprudence hésitent sur le qualificatif à lui donner et en tout cas ne veulent pas tirer les conclusions logiques des qualificatifs qu'ils donnent au fonds, la question n'est pas près d'être réglée.

En effet, la jurisprudence qui donne au fonds de commerce le caractère de meuble incorporel devrait accorder une compétence exclusive aux notaires.

Cette solution serait d'ailleurs la meilleure, car ce n'est le rôle ni des commissaires priseurs, ni des huissiers, ni des greffiers de Justice de Paix, de dresser des actes de vente de fonds de commerce.

S'ils en font en cas de vente amiable, c'est à titre d'agents d'affaires et par actes sous seings privés.

La seule fonction légale de ces officiers publics qui paraît leur donner compétence pour procéder à la vente des fonds, c'est leur droit de procéder aux ventes d'objets mobiliers corporels.

Pour pouvoir permettre aux commissaires priseurs, huissiers et greffiers de vendre, en outre des meubles corporels, des droits incorporels, la jurisprudence a fait appel à la théorie de l'accessoire (2).

En vertu de cette théorie il y aurait lieu de considérer dans le fonds de commerce quel est l'élément le plus important. Est-ce le matériel et les marchandises ? alors les éléments incorporels n'en sont que les accessoires et c'est le commissaire priseur qui sera compétent ; sont-ce les éléments incorporels qui ont le plus de valeur ? alors les éléments

(2) Trib. Saint-Etienne, 7 janvier 1925. *Journal des Notaires*, 1925, p. 833.

corporels ne sont plus que l'accessoire et le notaire seul devient compétent.

En admettant que la théorie de l'accessoire puisse donner compétence à un officier ministériel incompétent, il semble qu'elle ne puisse pas s'appliquer car elle suppose l'existence d'une chose principale et d'une chose accessoire.

Or dans un fonds de commerce quelle est la chose principale ? Est-ce le droit au bail et la clientèle, qui permettent de vendre les marchandises, ou les marchandises dont la possession ne fait pas de quelqu'un un commerçant ?

La jurisprudence a perdu de vue que si une chose est accessoire ou principale, c'est une question de fait qui découle de la nature même des choses et non pas d'un rapport de valeurs ; l'accessoire pouvant avoir plus de valeur que la chose principale.

D'ailleurs, la règle que l'accessoire suit le principal est un de ces adages de droit d'une portée si vague qu'on ne peut s'en servir comme d'une règle précise. A vouloir s'en servir ainsi, on aboutit à des résultats renversant tous les principes juridiques, ainsi que nous le verrons plus loin.

Il peut arriver que les éléments incorporels n'aient aucune valeur ; dans ce cas il n'y a pas de fonds de commerce ; il n'y a pas alors à envisager de vente de fonds, mais simplement une vente de meubles et de marchandises pour laquelle il sera possible de commettre l'officier compétent d'une manière générale pour ces sortes de vente.

Il est à remarquer, d'ailleurs, que la compétence des huissiers, greffiers et commissaires priseurs est très réduite en matière de vente de meubles : ceux-ci n'ont pas en général pouvoir pour constater les conventions des parties et leur en donner l'authenticité. Leur rôle en matière de vente de meubles doit donc se borner à la dispersion des objets mobiliers et au comptant seulement. Leurs procès-verbaux de vente ne peuvent, comme les actes notariés, donner lieu à la délivrance d'une grosse qui forme titre exécutoire.

La loi du 5 juin 1851 qui a donné compétence aux huissiers et greffiers et commissaires priseurs pour procéder aux ventes des récoltes sur pied a prévu spécialement qu'ils pourraient procéder soit à la vente au comptant, soit à la vente à terme.

La vente d'un fonds de commerce, même quand les éléments corporels sont les plus importants, est toujours une vente en bloc ; de plus, les tribunaux ordonnant en général la reprise des éléments incorporels à dire d'expert, on voit que l'on se trouve très éloigné d'une vente de meubles aux enchères par dispersion.

Cependant dans ce cas le Tribunal Civil de Marseille dans un jugement du 15 novembre 1923 (3) a estimé qu'un notaire commis pour procéder à une vente de fonds aux enchères avec reprise des éléments corporels à dire d'experts aurait dû s'abstenir de procéder à la vente pour en laisser le soin à un commissaire priseur sous le prétexte que l'expertise qui avait eu lieu avant la vente s'élevait à une somme supérieure à la mise à prix des éléments incorporels.

Cette expertise d'ailleurs ne se produit pas, en général, le jour de la vente mais plusieurs jours après, de sorte qu'un terme se trouve accordé pour le paiement du prix. Les huissiers greffiers et commissaires priseurs ne peuvent délivrer une grosse de leur procès-verbal d'adjudication et pour poursuivre le paiement du prix devront obtenir un jugement.

Les propriétaires d'immeubles stipulent souvent, sous peine de résiliation, que les cessions de bail ne pourront avoir lieu que par acte authentique qui leur donne un titre exécutoire direct contre le cessionnaire.

Si l'adjudication du fonds a lieu devant un huissier, greffier ou commissaire priseur, il sera impossible d'obtenir cette grosse. Le bailleur serait alors fondé à demander la résiliation du bail.

On voit combien l'adjudication des fonds de commerce sort du domaine normal des huissiers, greffiers et commissaires priseurs et soulève des difficultés pratiques.

La loi du 20 décembre 1933 qui a supprimé la peine de la fermeture du fonds de commerce qui était une peine accessoire de certains délits l'a remplacée par la vente du fonds et dans son article 9 elle n'a parlé que de la désignation d'un notaire pour procéder à la vente.

Faut-il voir là un retour à une saine compréhension de la com-

(3) *Journal des Notaires*, 1924, page 241.

pétence respective des officiers ministériels ou une inadvertance législative ?

Toujours est-il que cet oubli des autres officiers ministériels montre bien qu'on n'a pensé qu'au notaire comme officier public normalement compétent.

La question de la compétence de l'officier public a son importance, même lorsque le jugement est rendu, car d'après une certaine jurisprudence l'officier public doit examiner s'il est compétent pour procéder à la vente et refuser la commission dont il a été chargé, s'il estime que l'élément prépondérant du fonds donne à l'ensemble un caractère qui le fait sortir de sa compétence (4).

Cette obligation n'entraînera pas la nullité de la vente, mais rendrait l'officier public incompetent passible de dommages-intérêts envers la corporation d'officiers publics lésée.

L'officier public commis devrait donc, au reçu de la grosse du jugement, se livrer à des estimations hasardeuses, quant à leur résultat, pour voir quel est l'élément principal et renvoyer les parties devant le Tribunal pour faire nommer un autre officier public s'il s'estime incompetent.

Les officiers publics pourraient toujours remettre en question des jugements passés en force de chose jugée et occasionner des frais et des pertes de temps aux parties.

On voit par là à quelles difficultés on arrive avec le système jurisprudentiel et légal actuel.

Cependant certaines décisions ont estimé que l'officier public commis n'avait pas à s'inquiéter des oppositions qui pourraient lui être faites par des officiers d'une autre corporation leur interdisant de procéder à la vente par suite de leur défaut de compétence, sa mission lui étant donnée par décision de justice (5).

Heureusement, les notaires et les commissaires priseurs dans certaines grandes villes ont conclu divers arrangements pour éviter que des conflits se produisent.

(4) Alger, 7 mars 1909, D.P. 1910, 5, 55 et Trib. Marseille, 15 nov. 1923 déjà cité.

(5) St-Etienne, 7 janvier 1925, décision citée, et Lyon 12 novembre 1920. *Journal des Notaires*, n° 33091,

§ 4. MISES A PRIX.

La question de la mise à prix est très importante et soulève de nombreuses difficultés, d'abord parce que la loi est très laconique à ce sujet, et en outre, par suite de la nature même du fonds de commerce.

La loi de 1909 se borne simplement à dire que le tribunal fixe des mises à prix ; du texte même on est donc conduit à dire qu'il doit y avoir plusieurs mises à prix une pour chaque élément du fonds de commerce.

Mais, aussitôt cette conclusion tirée, on se heurte à ce fait que le fonds de commerce constitue un ensemble et qu'il s'agit d'adjuger cet ensemble à une seule personne et non pas à le démembrer.

Et cependant on est obligé de déterminer dans cet ensemble un prix pour chaque élément afin de répondre au vœu de la loi qui prévoit des prix distincts et afin que les divers éléments ne soient grevés de privilège de vendeur que pour la partie de leur prix qui reste due par l'acquéreur.

En outre, en cas de réalisation de gage, les créanciers auront peut-être un privilège sur certains éléments et non sur d'autres. L'un d'eux peut avoir un nantissement sur les éléments incorporels, un autre aura un privilège de vendeur portant seulement sur le matériel ou les marchandises.

Une vente en bloc rendrait donc une distribution du prix impossible, car on ne saurait pas sur quelles sommes portent les privilèges.

La jurisprudence a cherché plusieurs solutions à ce problème.

A) *Mise à prix globale.*

Certains tribunaux ont purement et simplement nié la difficulté et ont décidé que quand il n'y a qu'un seul créancier on peut fixer une mise à prix globale (6).

Ces décisions sont certainement erronées ainsi que nous venons de l'expliquer. Même au cas où il n'y a pas de créanciers inscrits sur le fonds au moment du jugement, on ne peut affirmer que des inscriptions

(6) Lyon, 3 novembre 1930. *Mon. judiciaire de Lyon*. Septembre 1931.

ne surgiront pas entre le moment du jugement et l'adjudication, et de plus la prise de l'inscription de privilège de vendeur sera impossible.

B) Mise à prix globale avec fixation de quotités pour chaque catégorie d'éléments.

Ce procédé est une variante du précédent, il a sur lui la supériorité d'introduire une distinction entre chaque catégorie d'éléments.

Mais il soulève deux objections :

Si le tribunal fixe d'une manière arbitraire la proportion selon laquelle le prix se répartit entre les divers éléments, cela devient non plus des mises à prix, mais une ventilation de ce prix entre les divers éléments avant l'adjudication.

Ce ne sont donc plus les enchères qui fixent la valeur respective des divers éléments. Les créanciers sont privés d'une garantie importante car ils n'ont pas été appelés à se prononcer sur cette ventilation et ils devront agir par la tierce opposition pour faire tomber ce jugement. Le tribunal est d'ailleurs en général très mal renseigné sur la valeur des éléments du fonds car le créancier ne peut pas faire un inventaire des meubles et marchandises et le tribunal ne peut faire ce travail d'estimation, car il faudrait qu'il se base sur des factures et des renseignements de toutes sortes.

Même très bien faite, cette estimation des éléments du fonds ne vaudrait pas grand chose, car elle préjuge de l'état dans lequel sera le fonds au moment de la vente, c'est-à-dire plusieurs mois plus tard, ainsi que des opinions particulières des amateurs qui sont extrêmement variables.

C) Mise à prix pour chaque élément.

A l'autre extrémité, on peut concevoir que le tribunal fixe une mise à prix pour chaque élément. Avec ce système on satisfait certainement à la prescription de l'article 15, § 5 de la loi de 1909, puisqu'il y a autant de mises à prix que d'éléments, mais alors, il faut que chaque élément du fonds soit adjudgé séparément; on arrive donc précisément à ce que la loi de 1909 a voulu éviter : le démembrement du fonds.

Ce procédé est donc à rejeter comme les précédents, tout au moins comme procédé d'emploi normal.

Dans certains cas particuliers, il ne présente pas d'inconvénient ; c'est lorsque le fonds comporte des éléments n'ayant pas entre eux un lien qui en fasse un bien spécial, mais alors, on peut se demander si nous avons encore affaire à un fonds de commerce.

D) *Mise à prix pour les éléments incorporels avec expertise des éléments corporels ou reprise des éléments corporels à prix de facture.*

Pour arriver à une solution qui résolve toutes les difficultés, les tribunaux et en particulier le Tribunal de Commerce de la Seine, ont généralisé le système prévu par l'article 20, § 2 de la loi de 1909.

Ils fixent une mise à prix pour les éléments incorporels et imposent à l'adjudicataire de ces éléments l'obligation de reprendre les éléments corporels au prix qui sera fixé par un expert.

Cette manière de procéder présente au premier abord de gros avantages.

D'abord au point de vue juridique : la distinction entre les divers éléments du fonds est respectée et en même temps on procède à une vente de fonds de commerce dans son ensemble, sans opérer de démembrement.

Au point de vue pratique, les amateurs portent des enchères sur les éléments incorporels seuls, qui sont en général bien déterminés, et dont la valeur peut être appréciée très diversement ; quant aux éléments corporels dont la valeur varie moins selon les appréciations personnelles, leur consistance est fixée au moment où ils en prennent possession et leur valeur est fixée après un examen détaillé. En outre, ils sont sûrs de ne payer que des objets existant réellement, tandis que dans les ventes en bloc, sur une mise à prix pour les éléments corporels, ils achètent ces éléments d'après l'état qui figure au cahier des charges, et dont le nombre et la valeur peuvent varier au jour de la prise de possession.

Mais ce procédé soulève de grosses difficultés :

Au point de vue pratique, il est extrêmement ennuyeux pour un amateur de s'obliger à reprendre du matériel et des marchandises dont la quantité et le prix ne sont pas fixés. L'adjudicataire peut se trouver avoir à décaisser une somme beaucoup plus considérable qu'il n'avait pensé, car il peut être obligé à reprendre une quantité d'objets et marchandises plus grande que celle qu'il avait vue et l'estimation peut être faite à un cours plus haut que celui qu'il escomptait.

Sans doute, il a pu se rendre compte de la consistance des éléments à reprendre, mais généralement il n'a pu le faire que rapidement, et des erreurs peuvent se produire. Il ne s'engage donc pas en connaissance de cause.

En outre, ce procédé soustrait des éléments corporels aux enchères, il enlève par là une garantie aux créanciers qui ne sont pas appelés à l'expertise et ne sont donc pas en mesure de vérifier si des objets ne sont pas soustraits à l'expertise ni de faire ressortir aux yeux de l'expert la valeur des objets qui lui sont soumis. Il est à remarquer que souvent l'expert nommé n'a pas la compétence nécessaire pour juger de la valeur du matériel dont il faut juger l'état, l'aptitude à fonctionner ainsi que leur valeur par comparaison avec les machines actuellement en service.

Cette soustraction d'une partie souvent très importante du fonds de commerce à la formalité de l'adjudication, soulève le problème de la validité de ce procédé.

En effet, toutes les procédures de vente forcée comportent la vente par adjudication avec concours d'amateurs qui enchérissent, et la loi de 1909, dans ses articles 15 et 17, semble bien imposer cette manière de procéder à tous les éléments du fonds. Ces articles, en effet, ne parlent jamais que d'adjudication et en outre il est dit dans l'article 15 que le tribunal fixe les mises à prix, c'est-à-dire une mise à prix pour chaque élément.

La loi de 1909 a cependant prévu la reprise des éléments à dire d'expert, mais c'est dans le cas spécial prévu par l'article 20, où un créancier inscrit, pour éviter le démembrement, demande la vente du fonds dans son ensemble.

Le deuxième alinéa de cet article est d'ailleurs bizarrement ré-

digé et permet de supposer que c'est au rédacteur du cahier des charges de décider si les matériel et marchandises seront ou non repris à dire d'expert. Il ne faut cependant y voir qu'une maladresse de rédaction, car si le tribunal fixe des mises à prix, il n'y aura pas lieu à reprise à dire d'expert, et s'il ne fixe pas les mises à prix sans parler de reprise à dire d'expert, le jugement paraîtrait comporter une lacune, les juges ayant omis de statuer sur cette question. Il faudrait donc dans ce cas retourner devant le juge pour qu'il statue sur cette question.

Peut-on étendre la faculté de stipuler la reprise à dire d'expert à tous les autres cas de vente forcée ,

Cette faculté accordée par l'article 20 est une dérogation au principe général de la vente aux enchères, qui a été insérée dans un cas particulier où il a semblé au législateur qu'elle répondait aux nécessités dans lesquelles les intéressés se trouvaient.

D'ailleurs, l'article 20 renvoie aux articles 15, 16 et 17 sur la question de la procédure de vente; il paraît donc s'en référer à ces articles comme règle générale et n'apporter qu'une dérogation à cette règle dans son § 2. Le législateur a estimé que ce procédé convenait également à un autre cas, celui de la vente sur surenchère et dans l'article 23 de la loi de 1909, il n'a plus donné la faculté mais imposé l'obligation de la reprise à dire d'expert.

Il résulte donc bien que la reprise à dire d'expert est un procédé correspondant à des cas particuliers, une dérogation qu'on ne peut étendre à toute vente forcée.

A vrai dire, on ne voit pas en quoi les situations diffèrent et pourquoi la reprise à dire d'expert s'impose plus dans le cas où la demande de vente globale pour éviter le démembrement est demandé par les créanciers inscrits, que dans celui où elle est demandée par le débiteur lui-même ou tout autre poursuivant.

En fait, quand la vente d'un fonds est demandée, la situation du commerçant est mauvaise et on trouve toujours et des créanciers inscrits et des créanciers chirographaires, et il y a par suite nécessité de distinguer entre les éléments du fonds pour l'exercice des privilèges et d'employer un procédé de vente qui donne à chaque élément sa

valeur la plus haute. Ce qui permet de distinguer entre les divers cas visés par les articles 15-16-18 et 20, c'est l'origine de la poursuite et il n'y a là qu'une différence dans la qualité des poursuivants qui ont eu l'initiative de la procédure ; cela ne permet pas de préjuger de la situation et de prévoir des modes de vente différents.

Il n'en reste pas moins que, fondée ou non, la reprise à dire d'expert ne peut s'appliquer qu'au cas de l'article 20 sans quoi l'on ne comprendrait pas pourquoi elle n'a pas été permise par l'article 15 qui reste la règle générale à laquelle se réfèrent tous les autres articles.

Certains tribunaux adoptent une variante de la reprise à dire d'expert qui est la reprise des marchandises à prix de facture.

Ce procédé est nettement à rejeter, car il ne s'appuie sur aucun texte.

On ne conçoit d'ailleurs pas que l'expert qui sera chargé de déterminer les prix se voie obligé de les fixer supérieurs ou inférieurs à ceux qu'il juge exacts sous le prétexte que le vendeur du fonds a fait une bonne ou mauvaise affaire ; il s'agit de déterminer la valeur actuelle des marchandises et non leur prix d'achat.

Sans doute, les tribunaux qui imposent cette manière de faire ont en vue de faciliter la mission de l'expert et d'empêcher que le vendeur ne soit frustré par une estimation trop basse, mais ils ne se rendent pas compte de l'injustice qui peut en résulter pour l'acquéreur. Celui-ci en effet, en se rendant adjudicataire, a pu croire qu'il achetait des marchandises à prix raisonnables et correspondant à leur valeur réelle, mais, avec le système de la reprise à prix de facture, il se trouvera obligé de reprendre toutes les vieilles marchandises difficilement vendables, toutes les fins de séries, toutes les marchandises à solder, au prix fort. En période de baisse de prix, il reprendra toutes les marchandises à un cours supérieur à celui du jour.

Déjà la reprise à dire d'expert s'éloigne fort de l'adjudication ; à plus forte raison la reprise à prix de facture ; les objections pratiques la font écarter et le défaut de base légale la fait rejeter définitivement dans les cas où la loi ne l'a pas expressément autorisée.

E) *Mise à prix pour chaque élément avec nouvelle adjudication sur réunion.*

La meilleure solution à notre avis consisterait à employer un procédé auquel on a quelquefois recours en cas de vente de plusieurs immeubles formant un ensemble : une exploitation agricole par exemple.

Le tribunal fixe une mise à prix pour chaque élément. On met aux enchères chaque élément séparément, puis on additionne les prix d'adjudication et on met aux enchères le fonds de commerce, dans son ensemble, sur une mise à prix égale au total des adjudications partielles. Si un amateur enchérit sur cette mise à prix, il devient adjudicataire et les adjudications partielles sont résolues.

Lorsque l'on veut savoir quelle est la part représentative de chaque élément dans le prix total, il suffit de faire la proportion entre le prix total et le prix de chaque adjudication.

Ce procédé convient bien à l'esprit de la loi de 1909, ainsi qu'à sa lettre. Il permet la fixation des mises à prix pour chaque élément. Il soumet la vente de chaque élément aux enchères, le fonds de commerce n'est pas démembré ou, tout au moins, si personne ne veut acheter le fonds de commerce globalement pour un prix supérieur à celui des adjudications partielles, c'est qu'il valait mieux vendre le fonds en détail qu'en bloc. On est donc sûr d'obtenir le meilleur prix.

En outre, on évite les difficultés de l'expertise, les droits des créanciers sont mieux garantis car ils peuvent enchérir sur le matériel et les marchandises et se rendre adjudicataires s'ils estiment que les prix ne sont pas assez élevés.

Mais deux écueils se présentent :

1° — Pour que l'on puisse fixer une mise à prix et faire une adjudication il faut que l'objet à vendre soit nettement déterminé; par suite, il est nécessaire que les amateurs aient connaissance de la liste des objets mobiliers et des marchandises sur lesquels ils vont porter des enchères au moyen d'un état descriptif qui sera inséré au cahier des charges ou tout au moins dans le procès-verbal d'adjudication.

Il sera nécessaire que cet état soit dressé, sinon au moment même de l'adjudication, tout au moins dans le plus bref délai possible avant l'adjudication, car ces matériel et marchandises peuvent disparaître au dernier moment par soustraction ou dépérissement ou, si l'exploitation du fonds est continuée, par suite des ventes.

Si l'adjudicataire ne retrouve pas au moment de la prise de possession les objets et marchandises décrits dans cet état, il serait en droit de faire jouer la garantie et de demander à être indemnisé pour la perte qu'il subit.

Cette nécessité de serrer de près la réalité n'est pas faite pour faciliter les choses et il est évident que surtout lorsque le fonds est encore exploité il sera bien difficile de faire concorder un état dressé avant l'adjudication avec les quantités existantes après l'adjudication. Mais il n'y a là qu'une question d'organisation pratique et en rapprochant le plus possible la rédaction de l'état du matériel et des marchandises on pourra réduire cet inconvénient à un minimum acceptable.

On objectera qu'il y aura également défaut de concordance entre la mise à prix fixée par le tribunal d'après les renseignements fournis et le nombre et la quantité des éléments corporels. Il suffira pour parer à cet inconvénient que le tribunal dise, comme cela se fait habituellement, que la mise à prix pourra être immédiatement et indéfiniment baissée.

2° — Les amateurs ne sont pas habitués à cette manière d'adjudger en deux fois, et ont l'impression que les adjudications partielles et provisoires sont une manœuvre pour leur faire annoncer leurs enchères et qu'ils n'encourent que le risque de payer un élément séparé trop cher.

Mais il n'y a là qu'une habitude à prendre et si ce système était pratiqué couramment, les amateurs s'y familiariseraient.

Il est à remarquer que le projet de la loi de 1928, article 82 a prévu cette manière de procéder en laissant au tribunal la liberté de choisir avec la reprise à dire d'expert.

SECTION II. — DISPOSITIONS FACULTATIVES

En outre des dispositions essentielles que nous venons d'étudier et sans lesquelles le jugement ne pourrait être exécuté, le tribunal peut prendre certaines mesures selon les circonstances :

§ 1. NOMINATION D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE

Quand la vente forcée d'un fonds de commerce est poursuivie, on peut se trouver en face des situations diverses suivantes :

Le commerçant qui est dans une situation difficile et ne trouve plus de crédit, liquide ses marchandises et une fois son stock épuisé abandonne le fonds. C'est le cas le plus général et la plupart du temps la faillite est demandée et obtenue et un syndic est nommé.

Il arrive aussi que le commerçant continue son exploitation ; c'est ce qui arrive le plus souvent quand le commerçant est poursuivi par des créanciers inscrits qui lui réclament le paiement du prix d'acquisition du fonds ou le remboursement des prêts.

Quand les marchandises ont été liquidées, ou quand le fonds est géré par le commerçant, ou encore en cas de faillite, il n'y a pas besoin de nommer un administrateur, car il n'y a rien à administrer, ou bien il y a un administrateur en la personne du syndic ou du commerçant.

Mais quand le fonds est exploité, les créanciers courent le risque de voir subitement le propriétaire abandonner le fonds et par suite, la clientèle se perdre et les marchandises se détériorer.

C'est afin d'éviter ce dépérissement du fonds que la loi de 1909 (article 15) a donné au tribunal la faculté de nommer un administrateur provisoire.

Les tribunaux usent en général de cette faculté et nomment toujours un administrateur, même si le fonds est encore exploité par son propriétaire, et c'est une mesure prudente car, en général, il ne sait si le fonds est ouvert et en tous cas il ne peut prévoir ce que fera le propriétaire.

La loi de 1909 n'a pas indiqué quels étaient les pouvoirs de l'administrateur et par suite il faut en déduire qu'il n'a que des pou-

voirs de stricte administration, c'est-à-dire : gérer le fonds de commerce, vendre les marchandises à la clientèle, exécuter les marchés, mais il ne pourrait se lancer dans de nouvelles opérations qui n'auraient pas été pratiquées par le propriétaire habituellement, ni vendre le matériel ou liquider au rabais les marchandises.

Souvent les tribunaux et en particulier le tribunal de commerce de la Seine donnent aux administrateurs provisoires les pouvoirs de faire inventaire des éléments du fonds, de gérer et administrer et enfin de faire procéder au besoin sur sa réquisition à la vente du fonds de commerce dans les délais impartis au poursuivant pour y procéder.

On peut se demander quelle est la validité de cette dernière mesure, la loi de 1909 ne parlant dans son article 15 que d'administration sans préciser ses pouvoirs, il est abusif de lui accorder le pouvoir de faire vendre le fonds. En effet, si aucun créancier n'agit, si le débiteur lui-même ne poursuit pas la vente, si le poursuivant juge bon de ne pas continuer la procédure qu'il a entamée, c'est qu'ils estiment qu'il n'y a pas lieu de le faire et qu'ils ont de bons motifs pour ne pas y procéder. On ne comprend pas que l'administrateur provisoire puisse s'arroger le droit de se substituer aux intéressés ou même peut être d'agir contre leur volonté tacite.

L'administrateur provisoire ne semble d'ailleurs pouvoir user de ses fonctions quand le fond est exploité par le propriétaire, car le jugement qui ordonne la vente du fonds n'entraîne aucune inaliénabilité ni dépossession ainsi que nous le verrons plus tard.

Si l'institution de l'administrateur provisoire apparaît, en théorie, être une chose excellente, en pratique on est obligé de reconnaître que dans l'immense majorité des cas elle est parfaitement inutile.

Dans la plupart des cas, ils n'ont rien à administrer, car le fonds est vide de marchandises ou bien le propriétaire continue l'exploitation, ou bien ils font double emploi avec le syndic de faillite.

En outre, cette fonction est en général confiée aux syndics de faillite qui ne peuvent pas s'occuper de la gérance d'un fonds en activité; à plus forte raison s'ils ont plusieurs fonds à gérer leur rôle est illusoire.

Leur rôle, en outre, est de courte durée ; il ne s'exerce que du moment du jugement jusqu'à celui de l'adjudication. Si après un jugement ordonnant la vente il est interjeté appel, la nomination de l'administrateur tombe comme le jugement frappé d'appel.

Pour pallier à cet inconvénient la jurisprudence se reconnaît le droit de nommer un administrateur-séquestre judiciaire (7).

Le projet de loi de 1928 renforce la fonction d'administrateur en ordonnant que l'adjudication ait lieu en sa présence et en lui donnant pouvoir de faire procéder à la vente à défaut du poursuivant, de recevoir le prix, de faire la publicité et de recevoir les oppositions.

Cette augmentation des pouvoirs de l'administrateur est très critiquable ; déjà, son rôle n'est pas très utile ; en le renforçant et en le rendant nécessaire on complique la procédure, on la rend plus coûteuse, car la mission de l'administrateur sera salariée tandis que la plupart des fonctions qu'on veut lui adjoindre sont déjà remplies sans supplément de frais, par l'officier public commis.

Il vaudrait mieux laisser aux parties poursuivant la vente le soin de faire nommer un simple administrateur par ordonnance de référé, si le besoin s'en fait sentir, et dont la mission ne serait pas suspendue par suite de l'appel porté contre le jugement ordonnant la vente.

§ 2. L'AUTORISATION DONNÉE AU POURSUIVANT DE TOUCHER LE PRIX A CONCURRENCE DE SA CRÉANCE.

Le tribunal peut donner l'autorisation au créancier poursuivant de toucher le montant de sa créance de l'adjudicataire ou de l'officier public après paiement des frais à condition que le fonds ne soit grevé d'aucun autre privilège et qu'il ne soit pas formé d'oppositions au paiement du prix par des créanciers.

C'est une disposition très utile pour le poursuivant qui évite ainsi dans certains cas, les lenteurs et les frais d'une contribution judiciaire.

(7). Paris, 19 octobre 1933 (*Gazette du Palais*, 3 décembre 1933).

§ 3. FIXATION DE LA PUBLICITÉ EXTRAORDINAIRE.

En dehors de la publicité légale fixée par l'article 17 de la loi de 1909, il peut y avoir intérêt de faire une publicité dans divers journaux et notamment dans les journaux corporatifs ou lus par les commerçants exerçant la même profession que celle exercée dans le fonds à vendre. Mais le poursuivant ne peut le faire à ses frais seuls, car ils profitent à l'ensemble des créanciers. Il serait également abusif que le poursuivant puisse mettre à la charge du propriétaire du fonds, et par suite de ses créanciers, le prix d'une publicité exagérée.

Par suite, si le poursuivant ou le tribunal estiment que cette publicité est nécessaire, le tribunal détermine les journaux dans lesquels des avis brefs concernant la vente seront insérés ainsi que la somme à laquelle s'élèvera le coût de cette publicité. Si le jugement ne statue pas sur cette question l'article 15 de la loi de 1909 prévoit qu'elle sera réglée par le Président du tribunal de commerce par ordonnance sur requête.

§ 4. DÉPENS.

Le tribunal statue également sur les dépens et, s'il les met à la charge du propriétaire du fonds, il décide qu'ils seront employés en frais privilégiés de vente et mis à la charge de l'adjudicataire, en sus de son prix.

§ 5. FIXATION DES CONDITIONS PRINCIPALES DE LA VENTE.

En pratique, le tribunal ne fixe pas les conditions principales de la vente comme l'article 15 de la loi de 1909 semble lui imposer, car son jugement tiendrait lieu de cahier des charges; il ne fixe, s'il y a lieu, que les conditions spéciales de la vente, celles qui sortent des conditions habituelles du cahier des charges. C'est le cas qui se présente lorsqu'une contestation s'élève entre le poursuivant et des tiers qui ont à faire valoir leurs droits et demandent l'insertion de clauses qui sanctionnent leurs prétentions, par exemple une clause ordonnant que

l'adjudicataire devra respecter un bail de fonds ou un engagement de fournitures.

Le tribunal pourrait, par exemple, stipuler que l'adjudicataire devra rembourser au tiers débiteur du fonds le montant de la plus-value provenant de ses impenses (8).

(8) Cassation 23 mars 1925 ; D. H. 1925, 285.

CHAPITRE SECOND

EFFETS DU JUGEMENT. — SIGNIFICATION VOIES DE RECOURS.

SECTION I. — EFFETS DU JUGEMENT.

Il est bien difficile de déterminer nettement l'effet produit par le jugement ordonnant la vente et, par suite, on a tenté de lui faire produire de nombreux effets que le législateur n'a pas voulu et qui sont en contradiction avec d'autres principes juridiques.

Il ne faut voir dans ce jugement qu'une autorisation donnée au poursuivant de faire vendre le fonds de commerce malgré l'opposition du propriétaire.

Le poursuivant muni de cette autorisation pourra alors déposséder légalement le propriétaire de son fonds, mais il ne faut pas tirer du jugement des conséquences autres que celles-là :

§ 1. LE FONDS DE COMMERCE NE DEVIENT PAS INDISPONIBLE.

Il ne faut pas déduire de l'existence du jugement ordonnant la vente que le fonds de commerce devient incessible et que son propriétaire n'en peut plus disposer par vente ou autrement.

Cette conclusion peut paraître choquante, surtout si on se réfère à la procédure de saisie immobilière où la vente des immeubles saisis devient nulle, si elle est contractée après la transcription des procès-verbaux de saisie et de dénonciation de saisie (article 686 C.P.C.), ou à la procédure de saisie mobilière où, dès la saisie, les objets ne peuvent plus être vendus.

Il semble également contraire au bon sens que les créanciers qui ont obtenu de l'autorité judiciaire la reconnaissance de leur créance et le droit de faire vendre un bien, ne puissent maintenir ce bien dans son intégralité dans le patrimoine de leur débiteur.

Mais nous nous trouvons dans une matière totalement différente des saisies mobilières et immobilières.

Tout d'abord nous n'avons pas de texte permettant de rendre le fonds de commerce indisponible pendant la procédure, et il serait vraiment osé de procéder par analogie pour restreindre le droit qu'a toute personne de disposer de ses biens.

Il ne faut oublier aussi les tiers qui peuvent traiter de bonne foi avec le propriétaire du fonds; rien ne vient les avertir de l'existence d'un jugement ordonnant la vente car il n'y a pas de transcription des ventes de fonds, tandis que l'acheteur d'immeubles saisis en est prévenu par la transcription et l'acheteur de meubles saisis par leur gardien.

Enfin, si la vente amiable d'un fonds dont la vente est ordonnée peut gêner le poursuivant comme nous le verrons plus loin, il ne faut pas croire que cette vente lui enlève tous ses droits et tous ses moyens de poursuivre le recouvrement de sa créance.

En effet, la vente amiable sera publiée et il pourra faire opposition au paiement du prix. Et si le prix est insuffisant pour payer tous les créanciers inscrits et opposants il pourra former une surenchère (1).

Le créancier inscrit conserve son droit de suite et de préférence et peut faire vendre le fonds sur le tiers détenteur.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire pour sauvegarder les droits du poursuivant de rendre le fonds indisponible tant qu'il s'agit d'une vente de fonds de commerce en bloc.

Mais il est une conséquence, beaucoup plus dangereuse pour le poursuivant, du principe de la libre disposition du fonds malgré la vente ordonnée, c'est que le propriétaire du fonds peut le démembrer et dans ce cas le créancier inscrit ne peut s'opposer à la vente séparée des éléments du fonds, ni requérir la vente en bloc. Car ce droit de requérir la vente en bloc ne lui appartient que dans le cas de vente judiciaire sur poursuites : en effet, la vente du fonds est permise au propriétaire, par suite, on ne peut empêcher la vente d'éléments sépa-

(1) En ce sens Trib. Commerce du Havre, 21 mars 1911; Recueil du Havre 1911, I, 187, cité par le répertoire pratique Dalloz.

rés qu'un propriétaire de fonds peut toujours effectuer, malgré l'existence de nantissement ou de privilège de vendeur. Seul l'article 20 de la loi de 1909 permet d'éviter le démembrement du fonds, mais seulement en cas de poursuites (2), et chose plus grave encore, le créancier inscrit perd son droit de suite, sauf son droit de préférence sur le prix de l'élément vendu séparément (3).

Il y a là une possibilité indéfinie de fraude que seule peut combattre, bien faiblement d'ailleurs, l'action Paulienne.

Aussi est-il prudent de la part du poursuivant de faire une saisie mobilière dès le début de la procédure. Par là il empêchera la disposition des meubles et il avertira les acquéreurs amiables éventuels de la procédure de vente intentée contre le propriétaire du fonds.

Un seul des éléments du fonds est grevé du droit de suite au profit des créanciers inscrits : ce sont les brevets et cela non en vertu d'une disposition explicite de la loi, mais du fait que l'article 24 de la loi du 17 mars 1909 stipule que leur nantissement sera nul à l'égard des tiers s'il n'a été inscrit dans les 15 jours qui suivent l'inscription au greffe du tribunal de commerce sur le fonds de commerce (4).

§ 2. CONFLIT ENTRE LE POURSUIVANT ET LE TIERS DÉTENTEUR.

Le jugement ordonnant la vente du fonds peut-il être exécuté contre le tiers détenteur qui a acquis le fonds postérieurement au jugement et contre lequel le jugement n'a pas été rendu ?

A) *Le poursuivant est créancier chirographaire.*

La question est délicate à résoudre, car nous avons d'une part un poursuivant qui est muni d'un jugement pris contre celui qui était propriétaire au moment du jugement et qui l'autorise à faire vendre, et d'autre part un propriétaire du fonds qui est censé ignorer tout de la procédure et de la mesure prise contre le fonds qu'il vient d'acquérir.

(2) Lyon 27 juin 1930, D. H. 1931, 15.

(3) Commerce Seine 8, 8, 13. *Gaz. Palais*, 28 novembre 1913, M. Wahl, page 125. Cass. 22 avril 1913, D 1913, I, 225.

(4) M. Wahl, op. cit. page 125.

Peut-on dire que l'acquéreur du fonds a acquis ce fonds tel qu'il l'a reçu de son prédécesseur, c'est-à-dire soumis à une procédure de vente ? Non certainement, le jugement ordonnant la vente a été pris contre le précédent propriétaire et on ne peut l'assimiler à une charge réelle comme un usufruit ou une hypothèque qui grèvent un bien réellement.

Le jugement ordonnant la vente est pris contre une personne : le propriétaire du fonds au moment du jugement. Du fait de la vente amiable il ne peut être exécuté contre un tiers qui n'est pas personnellement obligé à la dette et qui n'est pas partie à l'instance ; c'est le cas d'appliquer la règle « res inter alios judicata aliis non nocet ».

Le tiers détenteur aurait alors le droit de faire tomber ce jugement, en formant une tierce opposition, s'il ne préfère demander la nullité de l'adjudication.

D'ailleurs, il est un moyen plus simple pour le poursuivant de faire valoir ses droits, c'est de faire opposition à la vente du fonds, dont il est prévenu par la publication et de faire surenchère s'il y a lieu. Ses droits sont sauvegardés et il évite une procédure qui ajouterait des frais inutiles.

Nous ne sommes plus comme en matière civile où une vente de cette sorte serait un acte par lequel le poursuivi pourrait faire disparaître un bien de son patrimoine ; car, ce bien sorti de son patrimoine, le créancier chirographaire ne peut agir contre le tiers détenteur que par l'action Paulienne.

Par suite de la possibilité de l'opposition sur le prix, le créancier peut toujours retrouver la valeur du fonds de commerce sorti du patrimoine de son débiteur et exercer sur elle son droit de créance.

B) Le Poursuivant est créancier inscrit.

Dans ce cas, nous voyons un changement dans la situation, car le tiers détenteur reste obligé à la dette du fait du droit de suite qui grève le fonds par lui acquis ; la vente amiable n'a rien changé aux droits du créancier inscrit, qui garde le droit de faire vendre le fonds.

Ainsi on peut se demander si le jugement peut être immédiatement exécuté et ceci pour deux raisons :

La première est un argument tiré de l'article 16 de la loi de 1909 qui impose au précédent vendeur et au créancier gagiste l'obligation de faire précéder la réalisation de gage d'une sommation de payer adressée au propriétaire et au tiers détenteur, huit jours avant l'assignation.

L'acquéreur est sans doute prévenu de l'existence des privilèges grevant le fonds par leur inscription, mais il n'est pas partie à la procédure et le jugement n'est pas rendu contre le propriétaire, il n'en est pas averti et ne peut pas profiter du délai et des garanties que la loi accorde au propriétaire du fonds.

La seconde, c'est que la loi de 1909, dans son article 22, accorde à l'acquéreur le droit de se protéger contre les poursuites des créanciers inscrits, au moyen d'une procédure de purge. Il jouit à cet effet d'un délai de quinze jours après la sommation de payer que lui adresse le créancier, pour lui faire ses offres à fin de purge.

Ce droit de purge tombe-t-il quand un jugement ordonne la vente, ou bien le jugement tombe-t-il devant l'exercice par ce tiers détenteur de son droit de purge ?

Nous ne pouvons trouver de solution analogue dans la saisie immobilière, car dans cette matière nous avons la formalité de transcription de la saisie qui rend impossible la vente, et la possibilité pour le saisissant de lever sur cette transcription de saisie un état des transcriptions.

Le droit de purger ne peut pas être enlevé au tiers détenteur, car c'est un droit qui lui est expressément accordé dans tous les cas, contre les créanciers inscrits, la loi de 1909 ne prévoyant pas d'exception à ce droit.

Il faut d'ailleurs remarquer que si l'on admet que le droit de purge prévaut sur le jugement ordonnant la vente, on évite une adjudication et le créancier inscrit est à même de toucher ce qui lui est dû plus rapidement, puisque le tiers détenteur doit lui offrir le paiement de sa créance sur le champ, jusqu'à concurrence de son prix. Il est probable que si le tiers détenteur n'est pas capable de payer son

prix comptant, ou si aucune entente n'est possible avec le créancier, il laissera le poursuivant poursuivre la vente du fonds. Si le prix n'est pas suffisant, il ne faut pas oublier que le créancier poursuivant peut former une surenchère.

§ 3. CAS OU L'ADJUDICATION DU FONDS A ÉTÉ PRONONCÉE
MALGRÉ L'EXISTENCE D'UNE VENTE CONSENTIE ANTÉRIEUREMENT

Il serait possible que, malgré la vente amiable du fonds, le poursuivant ait laissé continuer la procédure de vente forcée, soit qu'il ait considéré la vente amiable comme nulle, soit qu'il l'ait ignorée.

Dans ce cas, il y a deux questions à examiner :

A) *Quel sera le propriétaire du fonds ?*

Il serait utile, pour résoudre cette question, de savoir quelle est la nature juridique du fonds de commerce.

Si c'est un assemblage de biens différents sans lien entre eux, il serait nécessaire de décider que ces biens sont devenus la propriété de celui qui s'est mis en possession, le premier, de chacun de ces éléments.

Si, au contraire, nous décidons que le fonds de commerce est une chose mobilière incorporelle, la cession emporte transfert de la propriété, par le seul fait de la convention.

C'est la solution adoptée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 juillet 1930 (5). Cet arrêt statuant sur le cas de vente d'un fonds de commerce à deux acquéreurs successifs a décidé que la convention produisait un effet translatif de la propriété, dans les rapports des parties entre elles, comme vis-à-vis des tiers, et que par suite, pour résoudre le conflit entre les deux acquéreurs, il fallait se référer à la date de leurs contrats respectifs pour le résoudre.

Cette décision appelle les remarques suivantes :

Si l'on considère que les divers biens faisant partie d'un fonds de commerce échappent aux règles juridiques qui leur sont particulières au sujet de leur cession, nous serons obligés d'admettre que

(5) D. H. 1930, 505.

si des immeubles ont été compris dans un fonds, ils seront soustraits aux règles concernant leur transcription.

D'autre part, si l'on peut admettre l'effet accordé à la vente du fonds par la Cour de Cassation quand il s'agit de deux ventes successives du fonds, peut-on l'admettre également quand il y a eu vente du fonds à une personne, et vente d'un élément seulement à une autre personne ? (6).

En effet, si l'on répondait par l'affirmative, le fait qu'un bien dépend d'un fonds de commerce aurait pour effet de le soustraire à l'application des règles spéciales à sa vente ou à sa mise en gage, et les acquéreurs d'un élément d'un fonds seraient donc obligés de savoir si le bien acquis par eux a été affecté à un fonds, auquel cas la prise de possession de l'élément ne suffirait plus pour les protéger contre un contrat de vente antérieur.

Cette solution semble en outre erronée si l'on pense que la loi du 26 juin 1920 a soumis la validité vis-à-vis des tiers à une cession de brevet à l'inscription à l'Office nationale de la propriété industrielle.

Il semble que la décision de la Cour de Cassation ci-dessus rappelée tire du caractère de meuble incorporel du fonds de commerce une conséquence, sans doute logique, mais inconciliable avec les faits et la loi de 1920.

B) *Peut-on invoquer en faveur de l'adjudicataire le § 6 de l'art. 17 de la loi de 1909 ?*

Dans le cas où la procédure de purge aurait été commencée par le tiers détenteur avant l'adjudication et où l'adjudication aurait, malgré tout, été poursuivie, le détenteur doit-il agir en nullité de la procédure de vente conformément au § 6 de l'article 17 de la loi de 1909, sous peine de ne pouvoir se prévaloir de la nullité de l'adjudication ? Nous montrerons plus loin que les effets du § 6 de l'article 17 s'étendent à cette hypothèse.

(6) Cendrier. *Le fonds de commerce*. Edition 1930, page 140.

§ 4. LE JUGEMENT N'EMPÊCHE PAS LA MISE EN FAILLITE
DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS

La vente judiciaire du fonds de commerce, la procédure des oppositions au paiement du prix et la distribution du prix, amiable ou par voie de contribution, sont très souvent une faillite au petit pied et les créanciers d'un commerçant insolvable renoncent souvent à demander la mise en faillite, quand ils savent qu'une liquidation de cette sorte est entamée.

Mais de là à vouloir suspendre la mise en faillite jusqu'à la réalisation du fonds, il y a un espace qui ne peut être franchi. Cependant, certaines décisions ont décidé qu'il fallait attendre le résultat de la vente du fonds avant de se prononcer sur la mise en faillite, sous le prétexte que la vente de fonds peut faire apparaître un actif plus important qu'on ne pensait et qui permettrait le remboursement des créanciers, ou que la nomination d'un administrateur provisoire sauvegarde les droits des créanciers comme la nomination d'un syndic (7).

Ces deux motifs procèdent d'une erreur certaine. La faillite est motivée suffisamment par la cessation des paiements, et non pas par l'existence d'un passif supérieur à l'actif. D'autre part, la mise en faillite a pour but la liquidation de tout le patrimoine du débiteur, or le fonds de commerce n'en est qu'une partie et il importe qu'un représentant de la masse des créanciers sauvegarde tout ce patrimoine, tandis que l'administrateur provisoire ne peut s'occuper que du fonds de commerce.

§ 5. LE JUGEMENT SUSPEND-IL LES POURSUITES DES CRÉANCIERS
ET L'ACTION DU BAILLEUR EN RÉSILIATION DU BAIL ?

Le jugement ordonnant la vente empêche nécessairement les créanciers de poursuivre la réalisation d'un élément détaché du fonds. Non pas que la loi de 1909 ait décidé en ce sens explicitement, mais c'est une conséquence qu'on est obligé de tirer de ce que la loi a voulu

(7) Commerce Seine, 26 novembre 1909 ; D. P. 1910, 2.249 et 19 août 1924, *Gaz. des Tribunaux* 1925, 2, 170.

empêcher le plus possible le démembrement du fonds, en permettant notamment de vendre le fonds en bloc sur une saisie exécutoire (8).

Mais le bailleur d'immeubles se trouve dans une situation spéciale, car il a en mains une arme contre le propriétaire du fonds de commerce qui n'exécute pas les conditions du bail : c'est la résiliation du bail.

Le bailleur peut d'ailleurs, soit avoir à demander la résiliation du bail au tribunal, soit profiter d'une clause de son bail portant qu'à défaut d'exécution d'une des clauses du bail ou de paiement du loyer, le bail sera résilié de plein droit.

Mais le bailleur doit, en vertu de l'article 14 de la loi de 1909, notifier aux créanciers inscrits sa demande et le jugement prononçant la résolution ou bien la résolution amiable, ne peuvent intervenir qu'un mois après cette notification.

Cette disposition a pour but de permettre au créancier inscrit d'intervenir dans la procédure et de veiller à ce que la résiliation ne soit pas prononcée en fraude de ses droits.

Peut-on aller plus loin et dire que l'article 14 n'a pas voulu accorder au créancier un simple droit de contrôle sur la procédure de résiliation, mais lui a donné un moyen d'empêcher la résiliation du bail en demandant la vente du fonds de commerce, y compris le droit au bail ?

C'est ce que certains jugements ont décidé (9).

Mais certainement c'est ajouter à la loi, car si elle avait voulu faire produire à l'article 14 l'effet qu'on lui prête, elle aurait nettement spécifié cette dérogation importante au droit commun.

Au contraire, la Cour de Paris, dans un arrêt du 2 décembre 1930 (10) a décidé, avec raison, qu'au cas où les créanciers inscrits voient se former une demande en résiliation, ils ne peuvent rien contre cette demande, car ils ne sont que les ayants-cause du preneur.

(8) En ce sens Paris, 26 novembre 1910, D. P. 1912, 2, 212.

(9) Com. Seine 22 juin 1928, *Gaz. des Tribunaux*, 1929, I. 2, 157. — Com. Rouen 22 octobre 1913, *Recueil du Havre*, 1913, 2, 196. Cité par *Gazette du Palais*, 1914. — Nancy 2. 8. 12. 1929, *Recueil de Nancy* 1930, 67. Cité par Montier et Faucon (De la vente du nantissement du fonds de commerce, page 422).

(10) *Gaz. des Tribunaux*, 1931, 21, 22, I.

, Il y aurait un gros intérêt pour les créanciers à pouvoir empêcher la résiliation du bail qui fait s'évanouir leur gage, en leur permettant d'arrêter la procédure en payant les loyers dûs, car, en général, une fois le bail disparu, les autres éléments incorporels du fonds perdent toute leur valeur ; mais il est impossible de tirer cette conclusion de la loi de 1909.

On voit donc que la situation juridique du fonds après le jugement qui en ordonne la vente n'est pas satisfaisante pour les créanciers poursuivants, qui risquent d'avoir engagé une procédure inutile.

Il y aurait une solution très simple qui consisterait à rendre le fonds de commerce indisponible, à partir du prononcé du jugement.

C'est la solution que la proposition de la loi de 1928 a adopté, mais ce projet tombe dans une erreur qui rend la situation dangereuse pour les acquéreurs, car elle n'organise pas la publicité de cette indisponibilité ; il suffirait pour combler cette lacune d'inscrire le jugement dans un registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce.

Il y aurait également lieu d'impartir un délai au poursuivant pour faire vendre le fonds, afin de ne pas gêner inutilement le poursuivi ou ses créanciers.

SECTION II. — SIGNIFICATION. VOIES DE RECOURS

La loi de 1909 a rendu l'exécution du jugement aussi rapide que possible.

Elle a permis l'exécution du jugement sur minute, afin d'éviter les délais que demande la délivrance de la grosse et qui atteignent souvent plusieurs semaines.

Mais l'adjudication ne peut avoir lieu avant que la minute ne soit rétablie au greffe et le jugement signifié (11). Il importe, en effet, que le propriétaire du fonds sache la mesure qui est prise contre lui et qu'il puisse former appel contre ce jugement, si bon lui semble.

La décision précitée a décidé que la sommation de prendre communication du cahier des charges n'équivalait pas à la signification du jugement.

(11) Orléans, 24 novembre 1911. *Gaz. Tribunaux*, 16 avril 1912.

L'opposition n'est pas admise contre le jugement, le propriétaire ne peut donc faire tomber le jugement que par la voie de l'appel.

Il doit former cet appel dans la quinzaine de la signification qui lui est faite.

L'appel produit son effet suspensif ordinaire et fait tomber le jugement, y compris les dispositions qui peuvent être exécutées sur minute.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel est susceptible d'opposition, s'il a été rendu par défaut, car la disposition qui supprime l'opposition contre le jugement est exorbitante du droit commun, on ne peut donc l'étendre à l'appel (12).

(12) Riom, 30 juillet 1930. *Gazette du Palais*, 1930. 2. 571.

DEUXIEME PARTIE

Formalités préalables à l'adjudication

CHAPITRE PREMIER

REDACTION DU CAHIER DES CHARGES

SECTION I. —ROLE ET POUVOIR DE L'OFFICIER PUBLIC COMMIS

Le cahier des charges est la base de l'adjudication, car c'est lui qui forme le contrat qui régira les rapports du vendeur et de l'acquéreur, et le titre de propriété de l'adjudicataire, et il déterminera les droits et obligations de ce dernier.

La rédaction de cet acte demande un examen sérieux de la situation, une recherche de renseignements de toutes sortes et c'est pourquoi il est utile de confier cette mission, non pas au tribunal qui n'a pas le temps de le faire, mais à un auxiliaire de la justice que le tribunal commet à cet effet.

Cette manière de procéder s'emploie non seulement dans la matière qui nous occupe, mais aussi en matière de liquidation des successions où le tribunal civil charge un notaire de procéder à la licitation des immeubles et au partage des successions.

Le rôle et les pouvoirs de l'officier public commis et le caractère de la commission de justice qui lui est donnée ne sont pas nettement définis, et la jurisprudence est contradictoire sur ce point.

On a essayé de définir la fonction du notaire commis de trois manières :

1° Le notaire, par sa commission, devient un mandataire de justice, un délégué du tribunal et par suite il acquiert le caractère d'un juge (1). C'est certainement une erreur qui provient de l'abus du terme mandataire de justice. Une personne à qui une autre a donné un travail à exécuter n'est pas ipso facto son mandataire. Or en matière de liquidation, par exemple, le notaire n'a aucunement le pouvoir de trancher les contestations, il n'a que celui de faire un projet de liquidation qui sera soumis à l'homologation du tribunal.

2° Le notaire est un expert. Cette assimilation est insuffisante, car l'expert, en principe, n'a qu'à constater certains faits matériels. Si l'on peut assimiler le notaire à un expert quand il s'agit de liquider une succession, encore que son ministère soit obligatoire tandis que celui de l'expert ne l'est pas, cela devient impossible quand le notaire est chargé de prononcer une adjudication. Là, il remplit très nettement une fonction judiciaire. Il joue exactement le même rôle et a le même pouvoir que le tribunal en cas d'adjudication à la barre.

3° Le notaire tient sa mission de la loi, le tribunal ne fait que le désigner.

Il est en effet impossible d'attribuer un même caractère à toutes les commissions d'officier public.

Dans le cas de la procédure de vente du fonds de commerce, l'officier public commis tient sa mission, de la loi d'abord, car il est seul à pouvoir rédiger le cahier des charges et prononcer l'adjudication, et ensuite du tribunal qui lui fixe certaines conditions de son action et qui le désigne.

Mais une fois posé ce principe que l'officier public commis tient son pouvoir de la loi, il reste à déterminer ses pouvoirs et son rôle.

L'officier public dresse le cahier des charges seul, en se basant sur le dispositif du jugement. Il n'a à subir d'influence de personne et notamment le poursuivant ne peut lui imposer les modalités qui lui plaisent.

Cependant cette constatation est théorique, car l'officier public

(1) Nancy, 4 juillet 1875. Rep. FUZIER HERMAN V° Notaire.

commis ne peut agir d'office, il faut qu'il soit requis par le poursuivant de procéder à la rédaction du cahier des charges, et il est bien évident que si le cahier des charges n'est pas rédigé comme le veut le poursuivant, celui-ci refusera de lui donner son approbation.

Faut-il en conclure que l'officier public, s'il tient de la loi son pouvoir de rédiger le cahier des charges, doit le rédiger selon les instructions du poursuivant dont il ne serait que le mandataire ?

Un arrêt de la Cour de Rouen (2) statuant en matière de licitation d'immeubles a décidé que le notaire commis n'était que le mandataire des parties chargé de libeller l'expression de leurs volontés.

Sans doute dira-t-on à l'appui de cette thèse qu'en matière de fonds de commerce, le cahier des charges est soumis à l'approbation des créanciers inscrits et du propriétaire du fonds, qui peuvent faire des observations, que par conséquent on peut laisser le poursuivant insérer au cahier des charges toutes les clauses qui lui plaisent et que, si aucune opposition ne se manifeste contre elles, elles sont censées avoir été voulues par tous les intéressés ?

Cependant, à notre avis, il est impossible de laisser au poursuivant la libre rédaction du cahier des charges, tout d'abord parce qu'il est dit expressément dans le § 8 de l'article 15 de la loi de 1909 que c'est le notaire qui le rédige, et ensuite parce qu'on ne conçoit pas que la loi impose le ministère d'un officier public pour recevoir une simple dictée.

L'intervention d'un officier public suppose certainement qu'on lui laisse un travail à accomplir en suivant les règles de droit et en respectant tous les droits en présence.

Il y a intérêt à ce que le cahier des charges ait une rédaction correcte et dès le début, car on évite des contestations qui peuvent être engagées par les intéressés avant l'adjudication et dont la solution est cause de retard et de frais.

En outre, il semble qu'une des raisons de l'intervention de l'officier commis soit de faire respecter les intérêts de toutes les parties en cause et de procéder conformément à la loi, sans nuire à personne.

(2) 15 mai 1903. *Gaz. Palais*, 1900. 2. 417.

Les intéressés peuvent théoriquement s'opposer au cahier des charges, en tant qu'il lèse leurs droits, mais en pratique le délai qu'ils ont pour agir est très court, et s'ils ne sont pas créanciers inscrits, ils peuvent ne pas avoir connaissance de la procédure.

L'officier public commis rédige donc seul le cahier des charges, sur la requête du poursuivant ou du débiteur, suivant le cas, conformément à la loi, en respectant les droits de tous les intéressés.

Si le poursuivant n'est pas d'accord avec le rédacteur du cahier des charges, il n'a qu'à formuler ses observations dans l'acte de dépôt du cahier des charges et faire trancher le litige par le tribunal de commerce.

SECTION II. — DESIGNATION DU FONDS A VENDRE

La désignation du fonds de commerce est une chose délicate à établir car, s'il comprend des objets matériels qui sont facilement perceptibles, il comprend des éléments incorporels qui sont de simples droits dont la nature et l'étendue sont difficiles à déceler.

Serait-il possible d'énoncer seulement la nature du fonds de commerce et le lieu où il s'exploite et de laisser à l'adjudicataire le soin de rechercher ensuite les divers éléments dont il se compose ?

L'adjudicataire serait propriétaire de tous les éléments se rattachant à ce fonds, quoique non détaillés dans le cahier des charges, puisque le fonds de commerce forme une unité de laquelle dépendent ses éléments (3).

Ce serait vraiment faciliter la tâche du rédacteur du cahier des charges, mais les amateurs ne s'empresseraient guère de porter des enchères sur un fonds dont les éléments leur seraient inconnus.

Il faut donc énoncer le plus complètement possible les divers éléments du fonds et de la manière la plus explicite. D'ailleurs le rédacteur du cahier des charges doit veiller à apporter la plus grande précision dans sa désignation. Il ne saurait se montrer trop clair, sous peine d'engager sa responsabilité, ainsi qu'en témoigne la sévère juris-

(3) Poitiers, 17 décembre 1929. *Gazette du Palais*, 15 mars 1930.

prudence dont un exemple est fourni par un arrêt de la Cour de Cassation, du 16 juin 1926 (4).

Dans un arrêt, la Cour de Cassation a rendu responsable un notaire qui avait dressé un cahier des charges pour parvenir à l'adjudication d'une créance résultant d'un partage de succession, pour n'avoir pas énoncé d'une manière explicite l'acte de partage duquel il résultait que la créance mise en vente était dépourvue du privilège de copartageant qui aurait dû, normalement, la garantir, — et qui s'était seulement borné à s'en référer à ce partage.

Le rédacteur du cahier des charges encourrait donc une grave responsabilité en n'utilisant pas les renseignements qu'il aurait, ou en négligeant ceux qu'il pourrait se procurer, ou encore en ne les mentionnant que d'une manière succincte.

La recherche des renseignements relatifs au fonds est une chose malaisée pour diverses raisons :

En général, le propriétaire du fonds se désintéresse de l'adjudication et on ne peut compter sur son concours pour donner la composition des éléments à vendre.

Le jugement ne contient aucune désignation, il se borne à indiquer la nature du fonds et le lieu où il s'exploite.

Au contraire de la saisie immobilière, nous n'avons pas de procès-verbal de saisie qui donne une désignation des biens à vendre ; tout au plus, l'administrateur provisoire a-t-il fait un inventaire du matériel et du mobilier commercial.

Enfin, les actes de vente de fonds de commerce ne sont pas soumis à la transcription.

§ 1. — SOURCES DE RENSEIGNEMENTS POUR LA RÉDACTION DU CAHIER DES CHARGES

Le rédacteur du cahier des charges est donc obligé de chercher les renseignements dont il a besoin à de nombreuses sources, différentes suivant les éléments du fonds.

(4) D. 1927. 1. 149.

Pour les éléments incorporels, il peut se reporter aux titres de propriété, si le propriétaire du fonds veut bien les communiquer.

Si la vente au propriétaire du fonds a été faite moyennant un prix payable à terme, et si une inscription de privilège a été prise, il pourra trouver au greffe du tribunal de commerce l'acte de vente, et en vertu de l'article 32 de la loi de 1909, il pourra s'en faire délivrer une copie.

En vertu du même article, il peut se faire délivrer des expéditions des actes authentiques de vente.

Le bureau de l'enregistrement du lieu du fonds de commerce peut également délivrer une copie des baux et des actes de vente sous seings privés, en vertu d'une ordonnance du juge de paix, ou une copie de la mention d'enregistrement s'il s'agit d'actes authentiques (article 290 du Code d'Enregistrement).

Pour les brevets d'invention, licences, marques de fabriques dessins et modèles, il existe depuis la loi du 26 juin 1920 une véritable transcription des actes contenant transmission de ces droits. En s'adressant à l'Office National de la propriété industrielle, qui tient les registres des inscriptions, il peut avoir la liste des brevets, licences, etc. qui sont au nom du commerçant.

L'existence d'une licence de débit de boissons peut être vérifiée en s'adressant aux Contributions indirectes.

Pour les éléments corporels, il faut distinguer selon la manière dont le tribunal a fixé la mise à prix. Si une mise à prix a été prévue pour l'ensemble des éléments corporels, il y a lieu de désigner ces éléments dans le cahier des charges ou dans un dire postérieur, d'après l'inventaire dressé par l'administrateur provisoire. Si les éléments corporels doivent être repris à dire d'expert, il n'y a pas lieu de les désigner; leur consistance sera établie au moment de l'expertise.

§ 2. ÉLÉMENTS A COMPRENDRE DANS LE FONDS

Il est difficile de faire une liste des éléments qui peuvent dépendre d'un fonds, parce que chaque fonds comporte ses éléments propres et parce que les biens et droits d'un commerçant ne font pas nécessairement partie de son fonds de commerce; le lien qui les y rattache

étant un lieu de fait. Nous nous bornerons donc à examiner certains cas particuliers qui soulèvent des difficultés :

1° Les éléments vendus par le propriétaire avant l'adjudication ne doivent pas être compris dans le fonds.

Les éléments vendus par le propriétaire avant l'adjudication sont valablement sortis de son patrimoine.

Cette règle s'applique même au cas où le poursuivant aurait un privilège inscrit sur ces éléments, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Mais nous avons vu que les brevets d'invention, licences, etc. sont grevés du droit de suite au profit du créancier inscrit. Par suite, on peut se demander si, en cas de vente d'un de ces éléments avant l'adjudication, le poursuivant peut demander que ces éléments soient compris dans le fonds à vendre et éviter par suite le démembrement du fonds et la nécessité de poursuivre, par une seconde procédure, la réalisation de ces éléments.

Si le poursuivant exerce son action en même temps contre le propriétaire du fonds et contre le tiers détenteur du brevet, il peut demander au tribunal que le brevet soit compris dans le fonds de commerce à vendre, sur une mise à prix distincte, sauf ventilation à effectuer dans le prix (5).

En effet, il n'y a pas de raison pour obliger le poursuivant à intenter deux procédures et à subir un démembrement du fonds.

Si au contraire, le poursuivant ne s'aperçoit de la cession du brevet qu'au moment où le jugement ordonnant la vente est déjà rendu, il ne pourra le faire comprendre dans le fonds à vendre, car cet élément est sorti du patrimoine du propriétaire du fonds, et le tiers détenteur n'a pas été partie à la procédure, à condition bien entendu que la cession ait été inscrite à l'Office National de la propriété industrielle.

2° Il n'y a pas lieu de comprendre dans le fonds les immeubles.

Fréquemment, des immeubles se trouvent être, d'un point de vue économique, la dépendance d'un fonds de commerce. Ce peut être le

(5) BOUTAUD et CHABROL. *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*
page 389.

cas pour une grande maison de commerce qui a des hangars dont la valeur est négligeable, par rapport à celle du fonds et des marchandises. Certaines décisions de jurisprudence, en partant de cette considération, ont cru pouvoir appliquer la théorie de l'accessoire et décider par suite que des immeubles peuvent former un élément du fonds.

C'est ainsi que le Tribunal de Pau a validé un nantissement pris sous l'empire de la loi de 1898, en tant qu'il portait sur des immeubles, en se basant sur le fait que les bâtiments en question avaient été construits par l'industriel pour son exploitation commerciale et qu'ils avaient le caractère d'instrument nécessaire à cette exploitation et qu'il n'était pas possible de séparer les divers éléments d'un fonds qui forment une universalité juridique, ayant la nature d'un bien mobilier incorporel (6).

Un arrêt de la Cour de Montpellier a décidé également que des immeubles pouvaient être considérés par les parties comme meubles quand ils se confondaient dans une universalité mobilière comme un fonds de commerce et en a conclu qu'une femme dotale pouvait en faire l'apport à une société en même temps que le fonds de commerce dont ils dépendaient, sans qu'elle puisse ultérieurement se prévaloir de l'inaliénabilité de ses biens dotaux immobiliers (7).

Nous assistons là à une extension abusive de la règle de l'accessoire. Nous devons rejeter cette manière de voir, car la loi a établi tout un ensemble de règles relatives à l'hypothèque, à la vente, etc, auxquelles les immeubles, quelle que soit leur fonction économique et leur emploi dans le patrimoine des particuliers, sont nécessairement soumis. Vouloir les soustraire à ces règles et les faire rentrer dans une autre catégorie de biens, ce serait bouleverser toutes les règles de droit : il faudra, par exemple, en cas de vente forcée, savoir si un immeuble dépend ou non d'un fonds de commerce pour savoir s'il faut employer les formes de la saisie immobilière ou celles de la loi de 1909.

Que, dans une vente amiable, on puisse déduire de l'intention

(6) Pau, 6 novembre 1911. D. 12. 2. 375. S. 1913. 2. 193 avec une note de M. Wahl.

(7) Montpellier, 23 novembre 1897. D. 1899. 1. 353.

commune des parties qu'un immeuble a été compris dans le fonds vendu, nous n'y voyons aucun inconvénient, car les parties sont libres dans leurs conventions, mais dans ce cas, la mutation de l'immeuble serait soumise à toutes les règles applicables à ce genre de biens et, notamment, il y aurait lieu de transcrire la vente de fonds en ce qui concerne les immeubles qui y seraient compris. La loi de 1909 n'a pas apporté de modifications au régime de la propriété immobilière; elle semble même exclure les immeubles du fonds de commerce, puisque dans son article 9 elle a limité les éléments du fonds susceptibles de nantissement et n'y a pas compris les immeubles.

3° Meubles immobilisés.

Certains objets constituant le mobilier et le matériel du fonds peuvent acquérir le caractère d'immeubles par destination, du fait que le propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble où il s'exploite.

Le caractère immobilier de ces meubles résultant de la destination qui leur est donnée par le propriétaire, peut disparaître dès qu'il y a changement de propriétaire ou d'affectation de ces meubles.

Dès lors, rien n'empêche de les comprendre dans le fonds à vendre.

Si l'adjudication du fonds se produit avant toute procédure de saisie immobilière, l'adjudicataire deviendra propriétaire de son matériel qui, par l'effet de la vente, sera devenu un meuble (8).

Si l'immeuble où le fonds est exploité est saisi avec les immeubles par destination, ceux-ci deviennent incessibles dès la transcription de la saisie.

Il y aurait alors lieu de ne pas comprendre le matériel dans le fonds de commerce, celui-ci devant être vendu avec l'immeuble. D'ailleurs, dans la plupart des cas, il y aurait intérêt pour les créanciers à ce que l'immeuble et le fonds soient vendus ensemble en un seul lot.

La destination donnée au matériel est une question de fait qui se résoud d'après les circonstances.

(8) M. MAZIN. Du concours des créanciers privilégiés sur le fonds de commerce. *Répertoire pratique du notariat*, article 24.214.

4° Revendication de l'article 2. 102 du Code Civil.

Une décision de la Cour de Douai, du 20 novembre 1930 (2), a étendu le privilège du créancier nanti à tout le matériel qui appartient à des tiers ou sur lequel des tiers pourraient exercer le privilège et le droit de revendication établi en faveur du vendeur d'objets mobiliers, et a déclaré le privilège du créancier nanti préférable à celui du vendeur d'objets mobiliers, à moins que celui-ci n'ait avisé le créancier qu'il conservait la propriété des meubles vendus par lui.

Il faut d'abord signaler que si le propriétaire du fonds est en état de faillite, le privilège du vendeur d'effets mobiliers disparaît complètement (art. 550 C. Com).

Mais hors le cas de faillite, le privilège de vendeur d'effets mobiliers subsiste, à condition que l'action en revendication ait lieu dans la huitaine de la vente et avant toute revente.

Et si la revendication n'est pas faite dans ce délai, le vendeur perd tous ses droits et l'adjudicataire reste propriétaire des meubles qui lui ont été vendus.

Par suite, lors de la rédaction d'un cahier de charges, il n'y a lieu de s'inquiéter de ce droit de revendication que lorsque l'action en revendication est intentée.

5° Location et dépôt d'objets mobiliers.

Le poursuivant ne peut exiger que les éléments corporels loués ou remis en dépôt au propriétaire du fonds soient compris dans la vente, car les tiers bailleurs ou déposants conservent la propriété de ces biens, mais le poursuivant n'est souvent pas renseigné sur les droits des tiers sur les biens qui se trouvent dans le fonds de commerce et fait comprendre dans la désignation du fonds tout ce qui le garnit.

Les tiers ayant des droits n'ont qu'à les faire valoir avant l'adjudication, faute de quoi, l'adjudicataire pourra repousser leur revendication en invoquant l'article 2.279 du Code Civil.

Si le poursuivant reçoit, avant l'adjudication, une opposition l'avertissant de l'existence de ces droits profitant à des tiers, il doit s'abstenir de les faire comprendre dans la vente, sous peine de commettre une faute.

Mais souvent, notamment en matière de location-vente, les droits des tiers peuvent être incertains car on peut analyser cette opération juridique, suivant le cas, en location ou en vente.

En outre, la jurisprudence décide souvent que cette opération constitue une vente dès l'origine et que la forme donnée aux contrats a pour but de frauder les tiers.

Nous étudierons cette question plus loin, à propos de la gérance-vente du fonds de commerce.

§ 3. ENONCIATION DU BAIL

Le droit au bail des lieux où s'exploite le fonds est un élément très important du fonds de commerce.

C'est en effet la situation de la boutique qu fait le plus souvent, dans les commerces de détail la valeur de l'achalandage.

Pour certains commerces, celui d'hôtelier par exemple, l'organisation des locaux est la base de l'entreprise.

Enfin, le droit au bail est aussi à considérer au point de vue du loyer ; selon que cette charge sera élevée ou faible, le fonds aura plus ou moins de valeur. Cette dernière considération a été très importante depuis la guerre, par suite de la législation sur les loyers qui a instauré des limitations à la hausse des loyers et qui a créé une propriété commerciale en faveur des commerçants et aussi par suite de la dévaluation du franc, qui a donné aux locataires à longue durée un bénéfice considérable.

Une énonciation complète du droit du bail est extrêmement utile aussi au point de vue des conditions du bail. Car le bail est la charte qui régit les rapports du locataire et du propriétaire et il contient souvent de nombreuses règles qui peuvent entraver l'exploitation du commerce.

Ainsi il est d'usage dans la plupart des baux, notamment à Paris, de préciser qu'un seul commerce pourra être exploité dans l'immeuble, à l'exclusion de tous autres.

En outre, les propriétaires stipulent souvent que le droit au bail ne pourra être cédé qu'à un successeur dans le même commerce et

que toute cession ne pourra avoir lieu qu'en présence ou après appel du propriétaire.

Enfin certains baux contiennent une interdiction absolue de céder ou sous-louer les lieux loués, sans le consentement du propriétaire.

Ces dernières clauses restrictives de la faculté de céder le droit au bail ont donné lieu à beaucoup de difficultés et à une jurisprudence abondante et d'ailleurs incertaine. Nous ne l'étudierons pas ici. Nous nous contenterons seulement d'examiner ultérieurement dans quels cas il y a lieu d'appeler le propriétaire à l'adjudication pour que la cession ait lieu en sa présence.

Les baux constatent souvent des versements par les locataires d'un dépôt de garantie ou de loyers d'avance, c'est-à-dire d'une somme égale en général à trois ou six mois de loyer, qui sont versés lors de la signature du bail pour garantir le paiement du loyer et l'exécution des conditions, et qui sont rendus au locataire à la fin du bail, lorsqu'il est constaté que ce dernier a rempli toutes ses obligations.

Le cahier des charges doit stipuler que l'adjudicataire remboursera au vendeur le montant de ses loyers d'avance, les nouveaux locataires étant chargés des obligations du vendeur vis-à-vis des propriétaires et devant faire leur affaire personnelle de tous règlements de compte avec le propriétaire.

SECTION III. — CONTENU DU CAHIER DES CHARGES

La loi de 1909 se contente de mentionner l'existence du cahier des charges, sans en préciser le contenu. Mais nous pouvons suppléer à cette absence de règle en nous référant au Code de procédure civile et en examinant les besoins de la pratique.

Le cahier des charges doit contenir deux sortes d'éléments : d'abord l'indication des faits et de l'objet propre à chaque affaire, et ensuite les conditions de l'adjudication, qui sont en général des clauses de style.

§ 1. ÉNONCIATION DU JUGEMENT

Le jugement ordonnant la vente doit être énoncé afin de justifier

du droit du poursuivant de requérir la vente et de la commission de l'officier public. En pratique, pour montrer la conformité du cahier des charges avec le jugement, on reproduit intégralement le dispositif du jugement.

La signification du jugement et le certificat de non-appel sont également relatés, afin de montrer que le jugement est passé en force de chose jugée.

§ 2. FIXATION DES LIEU ET DATE DE L'ADJUDICATION

Les lieu et date de l'adjudication doivent être fixés dans le cahier des charges ou dans un titre postérieur. Il faut, en fixant la date, respecter le délai accordé par le jugement pour procéder à la vente et celui fixé pour les sommations des créanciers inscrits et au propriétaire du fonds, de sorte que l'adjudication ne peut avoir lieu, s'il y a un précédent vendeur ayant le droit d'exercer l'action résolutoire, qu'un mois après la date du cahier des charges, et s'il n'y a que des créanciers nantis à sommer, que quinze jours après la date du cahier des charges.

§ 3. ENONCIATION DES PARTIES EN CAUSE

Le requérant comparaît au cahier des charges, ou bien le cahier des charges mentionne qu'il est dressé à sa requête et le requérant le dépose par un acte spécial.

Le propriétaire du fonds à vendre doit également être nommé, afin que l'on sache quel est le vendeur du fonds.

§ 4. ENONCIATION DU FONDS A VENDRE

Enfin, le cahier des charges contient la désignation du fonds à vendre, ce que nous avons déjà étudié dans la section précédente.

§ 5. CONDITIONS HABITUELLES DES CAHIERS DE CHARGES

1° Clause de garantie.

Le cahier des charges stipule d'ordinaire que l'adjudicataire ne pourra exercer contre les vendeurs d'autres garanties que celles du droit commun en matière de vente de droits mobiliers incorporels.

C'est un renvoi pur et simple au droit commun que nous étudierons ultérieurement.

Il est en outre stipulé que l'adjudicataire ne pourra exercer aucun recours contre la partie poursuivant la vente. Cette stipulation est importante, car c'est à la réquisition et sur les renseignements du poursuivant que la désignation du fonds est faite, et l'adjudicataire pourrait le rendre responsable des fautes qu'il aurait commises en établissant cette désignation.

Il est normal que le poursuivant qui ne possède que des renseignements incertains se décharge de toute responsabilité.

2° Entrée en jouissance.

L'adjudicataire est propriétaire du fonds du seul fait de l'adjudication. Par suite, à défaut de convention contraire, il aurait le droit de prendre possession du fonds sans aucune formalité et dès l'adjudication. Cette éventualité serait dangereuse, car en général l'adjudicataire ne paie pas son prix au moment même de l'adjudication. On courrait donc le risque de voir l'adjudicataire disposer des objets mobiliers se trouvant dans le fonds, au préjudice du vendeur et des créanciers.

Par suite, le cahier des charges recule habituellement l'entrée en jouissance et par suite la prise de possession du fonds jusqu'au moment où l'adjudicataire aura payé son prix et ses accessoires et aura fait faire l'expertise des éléments corporels.

3° Entretien du bail.

L'adjudicataire est obligé de continuer le bail, ainsi que les prorogations et conventions annexes. L'adjudication aura pour effet de le subroger aux droits et obligations du vendeur envers le bailleur.

Comme conséquence de cette subrogation, il est obligé à respecter les sous-locations que le vendeur aurait consenties.

4° Obligation de reprendre les éléments corporels.

Si le jugement impose à l'adjudicataire la charge de reprendre les éléments corporels à dire d'expert ou à prix de facture, il y a lieu de reproduire cette obligation dans le cahier des charges.

Le jugement étant d'ordinaire assez bref à ce sujet, il est bon de

préciser cette obligation et de stipuler un délai très bref, un ou deux jours par exemple, pour faire cette estimation. En outre, il faut préciser le mode de nomination des experts pour le cas où le vendeur et l'adjudicataire ne s'entendraient pas à ce sujet. On stipule généralement qu'en cas de dissentiment, l'expert sera choisi par le Président du Tribunal de Commerce de la situation du fonds, statuant en référé, à la requête de la partie la plus diligente.

Par la même clause, l'adjudicataire est obligé de faire le dépôt de l'acte contenant l'expertise, au rang des minutes du notaire. Cette disposition a pour but de faire de tous les actes relatifs à l'adjudication un ensemble complet, de manière à ce qu'on puisse se rendre compte si l'adjudicataire a exécuté ses obligations et à quelle somme s'élève le prix total du fonds.

5° Continuation des contrats relatifs au fonds.

Il est tout un ensemble de contrats relatifs à l'exploitation dont on impose la continuation à l'adjudicataire, à bon droit d'ailleurs, car ce sont des contrats de peu d'importance et qui se retrouvent dans presque toutes les exploitations commerciales : ce sont les contrats relatifs à l'eau, au gaz, à l'électricité, au téléphone, etc.

Le contrat d'assurance du matériel, du mobilier commercial et des marchandises est plus important, car il est une garantie du paiement du prix, et on stipule même que, si les polices d'assurances en cours expirent avant l'adjudication ou après l'adjudication mais avant le paiement du prix, l'adjudicataire devra les faire renouveler et que, pour le cas de sinistre avant le paiement du prix, l'adjudication vaudra transport de l'indemnité due par la compagnie d'assurances au profit du vendeur.

On ne stipule pas d'ordinaire que l'adjudicataire devra reprendre d'autres contrats que ceux-ci.

Y a-t-il obligation tacite pour l'adjudicataire de reprendre les autres contrats ?

Certains intéressés peuvent-ils demander l'insertion de ces contrats dans le cahier des charges et obliger l'adjudicataire à les exécuter ?

C'est une question qui soulève beaucoup de difficultés et que nous étudierons sous la Section IV.

6° Paiement des frais.

Les frais et honoraires de l'adjudication sont à la charge de l'adjudicataire : c'est l'application du droit commun.

En outre, le cahier des charges met l'adjudicataire dans l'obligation de rembourser au créancier poursuivant les frais de poursuite de la vente. Ce procédé est toujours employé dans les ventes judiciaires sur licitation ou sur saisie. Il a pour but de simplifier les comptes : les frais devant être prélevés sur le prix par privilège et étant réglés par l'adjudicataire, il n'y aura plus lieu de s'en occuper lors de la distribution du prix. Cette charge constitue un supplément de prix et est garantie par les mêmes sûretés que le prix lui-même et entre en ligne de compte pour le calcul des droits d'enregistrement.

Ces frais comprennent les dépens liquidés au jugement, le coût de l'enregistrement du jugement, le coût de la grosse du jugement, de sa signification, du certificat de non-opposition, des frais de publicité, placards, insertions dont le montant est fixé par le jugement ou par une ordonnance du président du tribunal de commerce, des sommations aux créanciers inscrits, le coût de l'état des inscriptions, des renseignements et pièces diverses qui ont servi à l'établissement du cahier des charges, le coût du cahier des charges et des procès-verbaux de dire, les honoraires et frais dûs à l'administrateur provisoire.

Bien entendu, si le poursuivant a eu à payer des frais d'avocat lors de l'instance ou des gratifications pour prompt exécution, ces frais demeureront à sa charge.

Le montant des frais préalables doit être annoncé avant l'adjudication dans le procès-verbal d'adjudication afin que l'adjudicataire en soit prévenu. L'adjudicataire n'est tenu de payer que la somme annoncée. La loi n'a pas exigé que la taxe de ces frais soit faite judiciairement comme en matière de saisie immobilière.

Les frais de l'adjudication elle-même ne sont pas annoncés ni même évalués car quel qu'en soit le montant, l'adjudicataire doit les payer, car ils sont dûs par lui.

Tous ces frais sont stipulés payables à l'instant même de l'adjudication.

7° Paiement du prix.

Le prix est en général stipulé payable comptant le jour même de l'adjudication pour les éléments dont le prix est déjà fixé et dans un délai très bref à partir du moment où ils sont déterminés, pour les prix des éléments incorporels quand il y a lieu à expertise.

Le paiement est exigé comptant, car les créanciers qui arrivent à faire exécuter leurs débiteurs ont besoin que toute l'affaire soit liquidée rapidement. En outre, une contribution ne peut s'ouvrir sans la consignation préalable des deniers à distribuer.

D'autre part, il est difficile d'accorder un crédit à l'avance à un adjudicataire qu'on ne connaît pas.

Cependant, le jugement peut suivant l'opinion admise par les auteurs accorder des délais au futur adjudicataire (10). Le cahier des charges devra dans ce cas se conformer au jugement.

Dans le cas habituel d'ailleurs où le jugement est muet à ce sujet est-il possible d'accorder des délais ? Nous ne pensons pas qu'il y ait impossibilité, car les ventes amiables accordent toujours des facilités de paiement aux acquéreurs de fonds et d'ailleurs la créance du prix est garantie par l'inscription de privilège de vendeur et la folle enchère.

En outre, les créanciers inscrits peuvent faire à ce sujet leurs observations et faire juger la difficulté par le tribunal.

Mais il serait dangereux d'accorder un trop grand crédit qui puisse mettre en danger le paiement des prix.

Le paiement du prix doit se faire entre les mains d'un sequestre qui est nommé dans le procès-verbal d'adjudication.

Nous étudierons cette question plus loin.

On stipule que le prix sera productif d'intérêts à compter du jour de l'adjudication. D'ailleurs, s'il n'était pas stipulé d'intérêt, le prix en produirait de plein droit, car le fonds de commerce est une chose frugifère et en vertu de l'article 1652 du Code Civil le prix de vente d'une chose frugifère est productif d'intérêts de plein droit.

(10) MONTIER et FAUCON. *De la vente et du nantissement du fonds de commerce*, n° 336.

8° Formalités.

L'adjudicataire est obligé à remplir les formalités de publicité des ventes de fonds créées par la loi de 1909.

Il semble qu'il y ait un cas où l'adjudicataire peut s'en dispenser, c'est celui où le vendeur est en état de faillite ou de liquidation judiciaire. Dans ce cas, en effet, tous les créanciers sont prévenus déjà par la publicité de la faillite ; en outre, si des créanciers font opposition sur le prix de vente du fonds, cette formalité ne leur donnera pas d'autres droits que ceux qu'ils auraient conservés par la production à la faillite.

L'adjudicataire est en outre obligé à défaut de paiement de son prix et sous peine de folle enchère de faire inscrire le privilège de vendeur résultant contre lui de l'adjudication. Cette disposition n'a pas grand intérêt car l'officier public procède toujours de lui même à cette prise d'inscription. Elle n'en aurait qu'au cas où l'officier public aurait omis de prendre cette inscription. Mais alors la folle enchère serait-elle possible ? Nous le verrons plus loin en étudiant la folle enchère.

9° Réception des enchères.

La loi n'a pas précisé les formes de la réception des enchères, comme elle l'a fait minutieusement pour les ventes de biens de mineurs. Comment l'aurait-elle fait d'ailleurs puisqu'elle ne dit qu'incidemment que la vente est faite par adjudication ?

Les cahiers des charges y ont suppléé en général en empruntant la formalité des feux aux ventes judiciaires. Ils fixent également le montant minimum des enchères.

Le danger des adjudications est de prononcer une adjudication au profit d'un insolvable qui pourrait ensuite disparaître sans laisser de recours.

Pour parer à cet inconvénient, il est stipulé que les insolvable seront exclus des enchères et, mesure plus efficace, les enchérisseurs, pour pouvoir faire des mises, sont obligés de déposer à titre de consignation une somme d'argent qui sera imputée sur le montant de la

dette en cas d'adjudication et dans le cas contraire rendue immédiatement. A signaler que dans une forme spéciale de vente judiciaire de fonds de commerce, les ventes sur surenchère des sixième prévues par l'article 5 de la loi du 17 mars 1909, la consignation à titre de garantie est obligatoire. La loi a même fixé son montant.

Les sommes versées à titre de consignation s'imputent-elles sur le prix ou sur les frais ?

Il semble qu'elles doivent s'imputer d'abord sur les frais car les parties à un acte sont tenues solidairement au paiement des frais et par conséquent l'officier public vendeur peut en obtenir le paiement des deux parties.

En outre, les notaires sont tenus de faire consigner entre leurs mains les frais des actes qu'ils reçoivent. Il semble donc normal de décider qu'en stipulant une consignation pour enchérir le notaire a entendu se faire verser les frais comme il y est obligé.

Cependant il est prudent de stipuler dans le cahier des charges que le montant de la consignation devra s'imputer d'abord sur les frais.

Il arrive souvent que le prix du fonds s'élève au-dessus de ce qui avait été prévu, de sorte que la consignation devient insuffisante pour couvrir le montant des frais.

Il faut donc prévoir que le montant de la consignation devra être augmenté d'une somme à fixer si les enchères élèvent le prix au-dessus d'une certaine somme.

L'obligation de consigner pour pouvoir enchérir s'étend à tout le monde, le poursuivant ne peut y échapper, car l'existence d'une créance à son profit contre le poursuivi ne prouve pas sa solvabilité présente.

Nous trouvons à l'appui de notre opinion un arrêt de la Cour de Paris du 31 mai 1933 (11) qui, à propos d'une licitation après divorce d'un fonds de commerce, a décidé que le co-licitant qui veut enchérir n'est pas dispensé de la consignation imposée à tout enchérisseur par le cahier des charges.

(11) *Répertoire Pratique du Notariat*, article 23. 729.

10° Commands.

Comme dans les adjudications judiciaires d'immeubles on réserve aux adjudicataires la faculté d'élire command, c'est-à-dire de déclarer que l'adjudication qui a été prononcée à leur profit doit en réalité profiter à un tiers qu'ils désignent.

La déclaration de command n'est que la désignation du véritable acquéreur; c'est une sorte de mandat dans lequel le mandant est occulte jusqu'au moment où l'acquéreur le déclare.

Par suite, dès que le véritable acquéreur est désigné, la personne de l'adjudicataire primitif s'efface de même que celle d'un mandataire de sorte que l'adjudication ne produit aucun effet vis à vis de l'acquéreur primitif, à moins de stipulation contraire dans le cahier des charges.

Il existe cependant une différence entre le mandataire et le commandé : c'est que, jusqu'à ce que la déclaration de command soit faite, il est censé être l'acquéreur véritable et par suite, il est débiteur du prix et des droits d'enregistrement. (Cass. 16 Décembre 1874 (12).

Cette déclaration et son acceptation par le command doit être faite dans le délai de 24 heures si l'adjudicataire substitué ne veut pas payer les droits de vente sur cette déclaration.

Elle doit également être enregistrée dans le délai de 24 heures sous peine de passer pour une nouvelle mutation au point de vue fiscal. Il n'est pas nécessaire que le cahier des charges et le procès-verbal d'adjudication soient présentés à la formalité; il suffit que le procès-verbal de déclaration de command le soit.

Il peut être suppléé à l'enregistrement du procès-verbal de déclaration de command par la signification, par acte extra-judiciaire ou par un procès-verbal du receveur de l'enregistrement, constatant la remise de ce procès-verbal ou accusant réception de la notification.

Si, d'une manière générale, la déclaration de command n'est qu'une désignation de mandataire, ce fait peut produire un effet civil, car cette substitution d'un acquéreur inconnu peut produire des surprises. Aussi, il est stipulé d'ordinaire que l'adjudicataire et le com-

mand qu'il s'est substitué seront responsables solidairement du paiement du prix de l'adjudication.

Outre les conséquences civiles de cette stipulation, il y a lieu de remarquer que cette clause entraîne, pour le cas où le prix de l'adjudication n'est pas quittancé dans le procès-verbal d'adjudication, la perception du droit de cautionnement à 0,75 % sur le prix de l'adjudication et des charges.

11° Folle enchère.

La clause de folle enchère est une mesure très énergique pour obtenir le paiement des prix et l'exécution des conditions de l'adjudication.

C'est une action résolutoire qui permet de reprendre le fonds à l'adjudicataire pour le revendre à nouveau.

Nous en verrons les formes et la nature ultérieurement.

Pour rendre la folle enchère plus énergique, les cahiers des charges stipulent que dans le cas où le prix de la nouvelle adjudication serait inférieur à celui de la précédente, le fol enchérisseur reste obligé au paiement de la différence entre le prix des deux adjudications.

Si au contraire, le prix de la première adjudication est supérieur à celui de la deuxième adjudication, l'adjudicataire n'a pas droit à la différence, elle appartient aux vendeurs.

De même le fol enchérisseur n'a pas le droit de demander le remboursement des frais de la première adjudication, qui profitent au second adjudicataire. De sorte que le nouvel adjudicataire n'a pas à payer de droits de mutation sur son adjudication si le prix de la seconde adjudication est inférieur à celui de la première.

12° Interdiction de se rétablir.

Le vendeur étant tenu à la garantie, il ne peut pas se rétablir dans le même commerce, de façon à nuire à l'activité commerciale de son successeur.

Néanmoins, il est bon de préciser l'étendue de son interdiction de se rétablir. Si le jugement l'a fixée, il n'y a qu'à reproduire dans le cahier des charges la disposition qui y est relative.

A défaut de stipulation dans le jugement, le cahier des charges peut y suppléer et fixer l'étendue de cette interdiction.

Un arrêt de la Cour de Douai, du 22 mars 1934⁽¹³⁾, a décidé en sens contraire.

Cependant, nous croyons que même à défaut de jugement l'y autorisant, le poursuivant peut préciser l'interdiction de se rétablir imposée au vendeur, car ce dernier est appelé à faire ses observations sur le cahier des charges et il pourra faire réduire cette interdiction si elle est exagérée et contraire aux usages.

Pour déterminer quelles sont en cette matière les clauses licites et illicites, il faut se rapporter aux principes et à la jurisprudence existant en matière de vente amiable.

L'interdiction de se rétablir est une garantie du fait personnel; le vendeur ne peut troubler l'acheteur dans l'exploitation du fonds qu'il a acquis.

Mais par contre, en s'interdisant de se rétablir, le vendeur ne peut pas aliéner son droit au travail par l'exploitation d'un commerce.

Nous trouvons dans ces deux principes, les limitations au droit et à l'interdiction de se rétablir.

Ces limites sont forcément vagues, car elles dépendent de la nature du commerce, de la ville où le commerce s'exerce, et de la manière d'agir du commerçant.

C'est pourquoi il faut être prudent dans les limitations du droit du vendeur à se rétablir.

Il faut notamment éviter les interdictions absolues ou perpétuelles qui, sans favoriser l'acheteur, empêcherait le vendeur d'user de son droit à exercer une activité commerciale.

Il suffit d'imposer un rayon d'interdiction correspondant avec l'extension de la clientèle et une durée suffisante pour que l'acquéreur ait eu le temps de se faire connaître de sa clientèle.

13° Mise à prix.

Enfin, le cahier des charges rappelle les mises à prix fixées par le jugement.

(13) *Revue Nouvelle de la Basoche*, 1935. 380.

Si le jugement a fixé une seule mise à prix pour tous les éléments, nous avons montré l'inconvénient qui en résulte. Pour y parer, le rédacteur du cahier des charges a-t-il le droit de fixer la part revenant dans le prix à chaque sorte d'éléments ? Nous ne le croyons pas, car cette fixation déterminerait forcément les droits des divers créanciers inscrits sur les éléments du fonds frappé par leurs privilèges. Et cela d'une manière définitive, puisqu'après la vente du fonds il ne sera plus possible de déterminer la valeur des divers éléments. Il n'y a pour le poursuivant d'autres solutions que d'exécuter le jugement tel qu'il est et d'en supporter les inconvénients ou bien de retourner devant le tribunal pour qu'il fixe la part des éléments dans la mise à prix totale.

14° Conditions spéciales.

Si le jugement impose dans son dispositif des conditions spéciales, le cahier des charges doit les imposer à l'adjudicataire.

Presque toutes les conditions que nous avons vues ci-dessus sont, sinon des clauses de style, tout au moins des clauses habituelles qui ont pour but de bien préciser les obligations de l'adjudicataire et d'assurer une exécution facile de l'adjudication et le paiement des prix.

Il est bien évident qu'on pourrait ajouter d'autres clauses, à condition qu'elles ne soient contraires ni à la loi, ni à l'ordre public, et qu'elles n'aient pas pour but d'écarter les enchérisseurs, ni de créer au poursuivant une situation plus favorable (14).

SECTION IV. — CONTINUATION DES CONTRATS RELATIFS AU FONDS

Dans cette section, nous étudierons la question de savoir s'il est nécessaire d'imposer à l'adjudicataire la continuation à la place des vendeurs, de certains contrats qui sont relatifs au fonds et qui affectent, tout au moins dans la pensée de celui qui a contracté avec le vendeur, un certain caractère réel.

Cette question présente une grosse importance, car en général le

(14) Paris, 6 août 1912. *Gaz. Palais* 1912, 2. 523.

co-contractant a un intérêt diamétralement opposé à celui des parties poursuivant la vente. Il désire avant tout le maintien à son profit d'un engagement qui offre pour lui un gros avantage et qui déprécie le fonds.

Nous verrons de quelle manière se règle ce conflit entre le co-contractant du vendeur à propos des contrats suivants : le bail avec promesse de vente, la location-vente, les marchés, les contrats de brasserie, et la convention de non-concurrence.

§ 1. BAIL OU GÉRANCE DU FONDS DE COMMERCE. — BAIL SIMPLE

Nous trouvons d'abord le bail simple ou gérance libre, par lequel le propriétaire remet la jouissance de son fonds de commerce à une personne, moyennant une rémunération fixe pour chaque période de temps écoulé ou proportionnelle au bénéfice.

Par ce contrat, le locataire a la libre exploitation du fonds à ses risques et périls, les bénéfices et les pertes sont à sa charge, sous condition de payer la rémunération due au propriétaire.

Ce contrat présente un caractère particulier, par suite de l'analogie que l'on est tenté de faire avec le bail d'immeubles.

En matière immobilière, à moins de clause contraire, le bail est opposable à l'acquéreur de l'immeuble, en vertu de l'article 1743 du Code Civil.

Y a-t-il lieu d'étendre l'application de l'article 1743 au fonds de commerce ? Nous avons plusieurs raisons d'en douter :

D'abord, le bail de fonds de commerce est une chose exceptionnelle qui a pour résultat pratique de rendre le fonds loué invendable, car on achète un fonds pour le faire valoir soi-même et non pour le louer. Les fonds sont un instrument de travail et non pas un placement de capitaux.

Ensuite, l'article 1743 ne parle que du bail d'immeubles et il constitue une exception au principe que les ayants-cause à titre particulier ne sont pas tenus des obligations personnelles de leur auteur. C'est l'opinion d'une partie de la doctrine (15).

(15) LYON CAEN et RENAULT. *Traité de droit commercial*. V. n° 148 — Cendrier. op. cit., page 454.

C'est à quoi certains auteurs répondent que la nature du contrat est la même, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles (16).

La jurisprudence applique l'article 1743 au fonds de commerce (17).

Malgré tout, il nous semble qu'on ne peut se fonder sur un raisonnement d'analogie pour étendre une règle exceptionnelle et qui ouvre la porte à une possibilité indéfinie de fraude, car le créancier du commerçant aurait autant d'intérêt à se faire consentir un bail du fonds de commerce sous condition suspensive du non-paiement des intérêts et du non-remboursement du capital, qu'à prendre une inscription de privilège de nantissement, et, par ce moyen, il pourrait primer les créanciers jouissant d'un privilège antérieur à sa créance.

Cette possibilité de fraude est d'autant plus grave que certains éléments du fonds de commerce, tels que le bail, sont d'une durée assez courte et qu'il n'existe pas, comme en matière immobilière, une obligation de transcrire les baux qui excèdent une certaine durée.

On objectera qu'en rendant le bail opposable aux acquéreurs du fonds, la situation du locataire devient bien précaire, mais il ne faut pas oublier que c'est un créancier comme les autres et que s'il est lésé par l'inexécution des obligations du propriétaire, il n'y a pas de raison qu'il jouisse d'un privilège à l'encontre des autres créanciers, ce à quoi on arriverait en rendant son bail opposable à l'adjudicataire. D'ailleurs il subira en général un moindre dommage que les autres créanciers, car son droit s'évanouissant, ses obligations elles aussi disparaissent.

§ 2. BAIL ASSORTI D'UNE PROMESSE DE VENTE

Par ce contrat, le bailleur conserve la propriété du fonds, la rémunération qu'il reçoit du locataire sert uniquement à l'indemniser pour sa privation de jouissance.

La promesse de vente ne constitue pour lui qu'une obligation de vendre au locataire moyennant le prix fixé, prix qui sera payé au mo-

(16) PLEIGNE, ROBERT et HENRI, *Tome I*, page 422.

(17) PLEIGNE, 21 décembre 1921, *D.* 1922, 2, 131. Note MOUTIER.

ment où le locataire déclarera accepter l'offre de vendre du propriétaire.

Il n'y a pas lieu, à notre sens, d'en imposer l'exécution à l'adjudicataire, pour les mêmes raisons que nous avons données ci-dessus et qui concernent le bail.

En ce qui concerne la promesse de vente ou pacte de préférence, nous n'avons qu'à appliquer toute la jurisprudence et la doctrine sur les promesses de vente d'immeubles.

Les promesses de vente ne peuvent s'imposer aux tiers acquéreurs des biens objet de la promesse, car ce sont de simples obligations personnelles du propriétaire.

Elles n'offrent aucun caractère réel et par conséquent elles ne grèvent pas la chose objet de la promesse, elles ne grèvent que la généralité du patrimoine du propriétaire.

Il n'y a donc pas lieu d'imposer l'exécution de cette promesse à l'adjudicataire.

Mais cependant, quand il n'existe que des créanciers chirographaires, ceux-ci peuvent avoir intérêt à ce que cette obligation soit exécutée parce qu'ils évitent ainsi que le titulaire de la promesse n'exerce une action en dommages-intérêts dont les effets pourraient se répercuter sur eux du fait que le titulaire de la promesse viendrait en concours avec eux pour le paiement de son indemnité.

§ 3. LOCATION-VENTE

La gérance-vente ou location-vente est une forme de contrat hybride, tout d'abord par la rédaction imprécise des conventions et ensuite par l'intention des parties.

En effet, par ces contrats les parties veulent, en général, arriver à une vente d'objets mobiliers ou de fonds de commerce, mais le vendeur entend rester propriétaire jusqu'à complet paiement.

Le vendeur a un très gros intérêt à conserver la propriété, car, s'il n'est pas payé, il reprend sa chose au lieu d'être obligé d'exercer des poursuites et de subir le concours des autres créanciers.

(18) M. LALOU, D. H. *Chronique* 1928, page 1.

L'acheteur, en ce qui concerne les fonds de commerce, évite, jusqu'à la résiliation de la vente, le paiement du droit de mutation, et il paie le prix par fractions.

Les parties emploient deux procédés pour arriver à leur but :

1° Une vente avec convention que le preneur deviendra propriétaire après paiement d'annuités représentant pour partie un loyer, pour partie une fraction du prix.

2° Un bail avec promesse de vente, au cours duquel le preneur paie également des annuités qui constituent pour partie un acompte sur le prix.

Une très abondante jurisprudence a annulé ces conventions ; elle a décidé qu'elles constituaient une vente ferme transférant la propriété immédiatement.

Mais cette jurisprudence ne doit pas faire impression, car elle se base sur des points de fait pour décider que ces contrats, d'après leur contenu ou des preuves extérieures, ne constituent pas, comme ils voulaient s'en donner l'apparence, des baux avec promesse de vente ou des ventes sous condition suspensive du paiement du prix, mais bien des ventes transférant la propriété dès l'origine.

La jurisprudence restitue donc aux conventions leur véritable caractère en faisant ressortir que l'existence de certaines clauses contredit la dénomination du contrat.

Voici quelques clauses sur l'existence desquelles les tribunaux se sont basés pour décider qu'il y a vente ferme :

La convention par laquelle les redevances de gérance ou loyers s'imputeront sur le prix (19).

Les redevances de gérance qui, par leur exagération, ne peuvent plus être des loyers mais un acompte sur le prix. (20).

La stipulation qu'en cas de non-réalisation de la promesse de vente les redevances resteraient la propriété du bailleur. En effet, par cette clause, les parties ont inconsciemment reconnu qu'il s'agissait de versement sur le capital et non de loyers, car, en cas de cessation de

(19) Paris, 24 avril 1928. *Gaz. Palais*, 14 septembre 1928.

(20) Paris, 16 octobre 1928. *J. N.* 1929, page 375.

bail, le bailleur n'a pas à restituer les loyers perçus (21).

L'égalité entre les loyers et les intérêts du prix.

Le fait que le locataire est chargé de l'acquit de toutes les charges du fonds : assurances, impôts, loyer de l'immeuble, remplacement du matériel, remises des pièces et contrats relatifs au fonds, obligation de payer à la place du bailleur le solde du prix de son acquisition (22).

Versement d'un cautionnement sans intérêts (23).

En matière de location-vente de meubles, nous nous bornerons à citer trois arrêts qui, eux aussi, ont attribué à des locations-ventes le caractère de vente ferme, mais comme nous le verrons, ces décisions sont motivées par des raisons spéciales :

L'arrêt de la Cour de Cassation du 17 juillet 1895 est intervenu dans une affaire où le bail est postérieur à un contrat contenant explicitement une vente ferme (24).

L'arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1897, faisant suite à un arrêt de la Cour de Grenoble (25) a tiré la preuve du caractère de vente ferme d'une correspondance entre les parties, d'où il résultait que les parties avaient voulu conclure une vente ferme.

Il en est de même d'un arrêt de la Cour d'Orléans, du 12 avril 1907 (26).

De même de nombreuses décisions de jurisprudence ont annulé les contrats de location-vente comme constituant une fraude vis-à-vis des tiers.

Ces décisions se basent sur des faits d'espèce et la Cour de Cassation a reconnu aux tribunaux un droit souverain d'apprécier ces conventions et de leur restituer leur véritable caractère (27).

La question reste donc entière de savoir si ces contrats comportent le transfert immédiat de la propriété ou s'ils sont valables en eux-mêmes.

(21) Paris, 16 octobre 1928, déc. citée.

(22) Paris, 24 avril 1928, déc. citée.

(23) Même arrêt et Tr. Com. Meaux, 15 janvier 1929. J. N. 1929 p. 379.

(24) D. 96. 1. 57, note Thaller.

(25) D. 98. 1. 269.

(26) D. 1907. 2. 301.

(27) Cass. Requêtes. 16 juin 1885. D. 86. 1. 237. — 17 juillet 1895. D. 96. 1. 58. — 21 juillet 1897. D. 98. 1. 269. — Civ. 22 déc. 1909. D. 1910. 1. 63.

Or, il est hors de doute que les parties peuvent conclure une vente en subordonnant le transfert de la propriété à la réalisation d'une condition qui pourrait être, par exemple, le paiement du prix.

De même le versement d'acompte sur le prix ou tout autre marque que le vendeur et l'acheteur sont d'accord sur la chose et le prix n'entraîne pas ipso facto le transfert de la propriété si la volonté des contractants a été de retarder ce transfert.

En effet, l'article 1589 du Code Civil en édictant que la promesse de vente vaut vente dès qu'il y a accord sur la chose et le prix ne doit s'entendre que d'une interprétation de la volonté des parties.

Celles ci sont libres d'y déroger car pour qu'il y ait vente il faut le consentement des parties et si elles ont affecté la vente d'une condition ou d'un terme, ce n'est qu'à la réalisation de ceux-ci que le transfert de la propriété sera effectif.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (28).

Il existe d'ailleurs un arrêt très net de la Cour de Cassation du 29 janvier 1902 (29) qui admet à l'encontre d'une faillite la validité d'un contrat de location-vente et la retention de la propriété par le bailleur parce que le contrat et les faits révélaient :

que l'intention des parties de conclure une location était révélée avec certitude par la correspondance,

qu'il n'y avait pas fraude,

que l'assurance-incendie était contractée au profit du bailleur,

que le locataire avait la faculté de résilier le contrat,

que le locataire avait à payer une somme en sus du loyer pour devenir propriétaire.

Il faut d'ailleurs noter que le législateur admet implicitement la validité du contrat de location-vente puisque aux termes de l'article 14 de la loi du 13 juillet 1928, les Offices publics d'habitations à bon marché sont autorisés à en faire.

Certains Tribunaux annulent la gérance-vente en se basant sur les motifs suivants :

(28) AUBRY et RAN. § 349-39. PLANIOL, RIPERT et HAMEL. X. 10.175 et 218. Req. 22 juillet 1872. D. 73. I. 111, Civ, 17 mars 1925. *Gaz. Palais.* 1925. 2. 63.

(29) D. 1902, I. 96.

Ils considèrent qu'il y a eu fraude vis à vis des créanciers. Nous n'insisterons pas sur ce point qui est une application d'une règle plus générale.

Le Tribunal de Commerce de la Seine est même allé jusqu'à invoquer l'ordre public et décider la nullité d'office en prétextant que la gérance-vente constituait une fraude ayant pour but d'éluder les dispositions de la loi de 1909 en faveur des créanciers (30).

Cette manière de voir est certainement erronée ; il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 3 de la loi de 1909 qui, dans son dernier alinéa, indique la sanction du défaut de publication : l'acquéreur ne sera pas libéré à l'égard des tiers.

Le Tribunal de Commerce de la Seine s'est d'ailleurs déjugé deux mois après (31).

Enfin la gérance-vente est parfois annulée comme constituant une dissimulation ayant pour but de frauder le fisc, en vertu de l'article 7 de la loi du 27 février 1912.

Ce point de vue a été affirmé par diverses décisions (32), mais est certainement erroné car les dissimulations prévues par la loi de 1912 s'entendent seulement de celles qui portent sur les sommes portées au contrat de vente, mais non pas de celles qui portent sur la nature véritable du contrat (33). Celles-ci sont réprimées par l'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 et au moyen d'amende seulement.

La mauvaise rédaction des actes de gérance-vente, faits par des agents d'affaires peu au courant des principes juridiques est la cause essentielle de toute la jurisprudence qui s'est développée sur cette question.

La diversité des cas, l'imprécision dans les termes, et par suite la nécessité de rechercher l'intention des parties ont fait apparaître ce contrat comme entaché de fraude et de simulation alors qu'il correspond souvent à des nécessités pratiques.

A notre avis il n'y a pas lieu d'imposer la continuation du contrat

(30) Comm. Seine, 25 octobre 1928. J. N. 1929. 375.

(31) Comm. Seine, 12 décembre 1928. J. N. 1929. 377.

(32) Notamment Tribunal Commerce Meaux, 15 janvier 1929. J. N. 1929. 379.

(33) MAGNERO, *Traité alphabétique*, V^o, Dissimulation n^o 12,

de gérance-vente à l'adjudicataire du fonds. Car ou bien il peut s'analyser en un bail avec promesse de vente et nous retombons sur une question déjà étudiée, ou bien le contrat est nul, ou bien encore la vente est déjà réalisée.

Si le contrat est nul, il n'y a pas lieu d'en tenir compte; si la vente est déjà réalisée il serait prudent de faire préciser par le gérant s'il entend être considéré comme propriétaire définitif, ou faire trancher la question par le tribunal.

Le requérant qui négligerait d'éclaircir cette question et voudrait que le cahier des charges porte l'obligation de continuer le contrat commettrait une faute, car, il y aurait peu de chances que des amateurs enchérissent et au cas où le fonds serait vendu on courrait le risque de voir le gérant exercer une action en garantie.

Il est d'autant plus nécessaire d'être prudent en cette matière que certaines décisions (34) ont annulé les ventes faites au mépris d'une promesse de vente parce qu'en fait cette promesse était connue de l'acquéreur.

L'arrêt de la Chambre des Requêtes n'a malheureusement donné aucun motif précis de sa décision. L'arrêt de la Cour de Nancy a motivé son arrêt en s'appuyant sur l'article 1167 du Code Civil, mais cela ne nous donne encore qu'une décision d'espèce.

§ 4. MARCHÉS.

Le propriétaire du fonds a pu passer avec des tiers des marchés de fournitures; la même question se pose de savoir si l'adjudicataire doit être tenu de les continuer.

C'est une question qui présente un intérêt considérable car les contrats de fournitures peuvent régler toutes les activités du fonds de commerce de façon heureuse ou malheureuse, et, les imposer à l'adjudicataire, équivaut à le mettre dans les mêmes difficultés ou lui accorder les mêmes avantages que son prédécesseur.

Pour trancher le problème peut-on se placer sur le point de savoir si les contrats sont cessibles ou non ? Sans doute, le droit fran-

(34) Req. 15 avril 1902. D. P. 1902. 138. Nancy 3 avril 1906. D. P. 1908. 2. 148.

çais ne connaît pas la cession de dettes. Cependant, certaines décisions de jurisprudence ont admis que la cession des marchés de fournitures pouvait avoir lieu même sans la volonté du co-contractant (35).

Mais la question n'a pas pour nous d'intérêt car les parties ont pu convenir que le contrat serait cessible et même obligatoire pour les cessionnaires éventuels du fonds. En outre, le co-contractant peut accepter que le cessionnaire du fonds assure l'exécution du contrat.

Le problème consiste à savoir si les contrats peuvent être considérés comme un élément du fonds.

On ne peut évidemment obliger l'acheteur d'un fonds de commerce à reprendre toutes les obligations actives et passives d'un commerçant même en se bornant à celles qui ont été contractées à l'occasion du commerce : ce serait une *bonorum venditio* commerciale et ni les théories de l'universalité juridique, ni la théorie de l'universalité de fait ne permettent de tirer cette conclusion (36).

Les contrats peuvent se présenter sous divers aspects ; ils peuvent être : des contrats de fournitures qui comportent des prestations successives, s'échelonnant sur une certaine période, ce peuvent être aussi des contrats d'acquisition ou de vente constituant une opération unique.

S'il s'agit d'un contrat de ce dernier type, on ne peut certainement pas en imposer l'exécution à l'adjudicataire, car ce serait purement et simplement le charger d'une dette.

Mais si nous avons un contrat à prestations successives, la question est plus embarrassante. Nous pouvons en effet avoir affaire à des contrats qui forment à eux seuls l'objet du commerce et dont l'exécution est la seule raison d'être de l'entreprise. C'est le cas des entreprises qui ne font que passer des marchés avec les administrations publiques ou privées ou qui exploitent des concessions délivrées par l'Etat ou des collectivités publiques.

Ces contrats seront alors considérés sinon en droit, du moins en fait, comme un élément du fonds dont ils pourront constituer une partie, sinon toute la valeur ; mais ces contrats peuvent être par contre

(35) Requêtes, 10 avril 1872. D. 73. 1. 73. — Civ. 10 mai 1897. — D. 98. 1. 73.

(36) Lyon, 29 avril 1931. D. H. 308. Bourg, 26 juin 1923. D. 1923. 5. 13.

une source de pertes pour le commerçant. Dans ce cas, si on insère dans le cahier des charges l'obligation pour l'adjudicataire de les exécuter, la valeur du fonds sera réduite à néant et par suite, les créanciers ont intérêt, suivant les cas, pour augmenter la valeur de leur gage, d'exclure ou de faire comprendre dans le fonds les marchés en cours.

Il faut aussi considérer que, le fonds vendu, les marchés ne peuvent plus être exécutés par le vendeur par suite de son obligation de garantie, de sorte que le vendeur sera passible de dommages-intérêts envers son co-contractant.

En outre, si l'exécution du marché est avantageuse pour le co-contractant, et si son exécution est imposée à l'adjudicataire, on en arrive à accorder à ce co-contractant un véritable privilège pour l'exécution de son contrat en lui donnant le moyen de le faire exécuter au lieu de le laisser venir comme créancier chirographaire de dommages-intérêts.

Or, toute mesure de vente forcée est une liquidation de l'actif d'une personne de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de mettre le passif à la charge de l'actif.

Il ne faut donc comprendre dans le fonds de commerce que les marchés qui constituent un élément d'actif.

Par suite, lors de la rédaction du cahier des charges, le poursuivant n'a pas à imposer la continuation des contrats défavorables; il n'y a qu'à laisser à l'adjudicataire la faculté de les continuer s'il les juge utiles, quand il ne peut résulter de l'inexécution de ces contrats aucun dommage-intérêt; dans le cas contraire, c'est à dire quand le contrat constitue un actif du fonds et que son inexécution pourrait causer un tort au vendeur et par suite à ses créanciers, il faudrait en imposer l'observation à l'acquéreur du fonds.

Le co-contractant ne peut demander l'insertion du contrat dans le cahier des charges car il est un tiers. Le contrat qu'il a passé avec le propriétaire fait naître un rapport de droit qui est uniquement personnel et qui par suite ne comporte aucune liaison avec le fonds de commerce, ainsi que nous le verrons plus loin.

L'adjudicataire à qui la continuation d'un contrat est imposée ne

peut d'ailleurs en exiger l'exécution du co-contractant (37). Le cessionnaire du fonds est en effet un tiers par rapport au co-contractant et il ne peut pas faire produire vis-à-vis de ce dernier des effets à son contrat d'acquisition auquel le co-contractant n'a pas été partie.

De la sorte, le fait d'imposer la continuation d'un marché à l'adjudicataire d'un fonds n'a pour effet que d'éviter au vendeur une action éventuelle en dommages-intérêts. L'adjudicataire ne peut en tirer un bénéfice que si le contrat prévoyait qu'un acquéreur éventuel du fonds y aurait droit ou si le co-contractant veut bien l'exécuter.

Nous venons d'examiner les contrats qui peuvent être considérés comme étant un élément du fonds pouvant être susceptible de contribuer à faire naître des gains. Ils ne comportent d'ailleurs, en général, dans l'intention des parties aucune intention de créer un lien réel avec le fonds.

Mais il y a des contrats qui comportent cette intention ; nous voulons parler du contrat de brasserie et des conventions de limitation de concurrence. Ils soulèvent de gros problèmes et nécessitent qu'on étudie spécialement leur cas.

§ 5. CONTRATS DE BRASSERIE. CONVENTION DE NON-CONCURRENCE.

Dans les régions du Nord et de l'Est de la France, les brasseurs lorsqu'ils font un prêt d'argent ou de matériel, ou lorsqu'ils louent ou sous-louent un immeuble à un débitant de boissons, lui font souscrire une convention dont les termes varient, mais qui peuvent se ramener à ceci.

Le débitant s'engage pour une durée très longue, quinze ans par exemple, ou bien toute la durée du bail de l'immeuble, à n'acheter des bières, limonades, etc. nécessaires à son commerce qu'au brasseur qui lui a fait le prêt ou loué l'immeuble et au prix que ce brasseur pratique dans la ville où se trouve le débitant.

Cette convention est assortie de conditions de détail et elle est sanctionnée par des amendes élevées. Le débitant en outre s'engage à imposer la souscription du même engagement à ses successeurs dans

(37) Paris, 25 janvier 1902. D. 1903. 3. 781.

son commerce et il concède au brasseur en cas de vente de son fonds un droit de préemption.

Cette convention qui est d'un usage très ancien dans le Nord où elle était surtout employée dans les baux d'immeubles consentis par le brasseur au débitant, faisait presque du débitant un employé du brasseur (38); elle arrivait même à être considérée comme sous-entendue dans ces baux ainsi qu'en témoigne la jurisprudence (39).

Cet engagement constitue au profit du brasseur un véritable privilège sur l'activité du fonds et une charge très lourde pour le débitant, car le brasseur fait payer sa bière à un prix plus élevé que celui qu'il consent aux autres commerçants, car il n'accorde pas aux débiteurs qui sont liés envers lui la ristourne qu'il fait aux autres.

Le débitant, lorsque la qualité de la bière fournie laisse à désirer, ne peut se plaindre tant qu'elle est de qualité marchande selon les termes du contrat; en tout cas il ne peut pas se fournir ailleurs et doit pour se soustraire à ses obligations intenter un procès au brasseur.

Il ne peut plus satisfaire les goûts de sa clientèle en lui offrant un choix de produits.

Il faut d'ailleurs remarquer que ces conventions sont devenues une très lourde charge pour les brasseurs qui luttent entre eux et cherchent à s'attacher tous les fonds en consentant des prêts d'argent considérables. Ils sont maintenant pris dans un engrenage dont ils ne peuvent plus se libérer.

Ce qu'il y a d'essentiel dans le contrat de brasserie, c'est d'une part la volonté de créer un lien réel qui oblige le fonds à être approvisionné uniquement de produits fournis par le brasseur, et d'autre part l'absence d'engagement à la charge du brasseur qui ne s'oblige pas à fournir quoi que ce soit et qui garde la liberté de déterminer le prix de ces fournitures.

Ce dernier caractère a fait naître de très forts soupçons sur la validité de cet engagement (40).

A supposer que la validité de ces engagements soit hors de doute,

(38) DUBOIS. Thèse. Lille 1912.

(39) Douai. 21 juin 1928 dans *Bulletin Commentaire des lois et décrets*. Novembre 1934.

(40) Note de M. VOIRIN sous D. 1931. I. 41.

la question se pose de savoir si l'exécution de cet engagement peut être imposée par son bénéficiaire à l'adjudicataire du fonds.

Cet engagement ne constitue pas un élément du fonds, car loin d'être une source de gain, c'est uniquement une source de charges pour le fonds. Sans doute, au moment où il a été souscrit, constituait-il la contrepartie du service rendu par le brasseur en accordant un prêt. Mais cette origine n'en change pas sa nature qui est une dette.

On peut se trouver également en face de contrats passés entre commerçants aux termes desquels il était convenu que les commerçants limiteraient leur activité d'une certaine manière, ou bien d'une réserve faite par un vendeur de fonds de commerce du droit d'exercer une branche du commerce vendu et par suite, d'une obligation pour l'acquéreur de ne pas exploiter la branche réservée.

Ces obligations présentent également un caractère passif et la même question se pose de savoir si l'exécution doit en être imposée à l'acquéreur du fonds et si le fonds est grevé de ses obligations.

Nous avons de fortes raisons d'en douter.

Les droits réels sont énumérés par la loi. Nous avons ainsi les droits de propriété, d'usufruit, d'hypothèque etc.. Nous avons aussi les servitudes, et c'est de ce droit réel que les contrats de brasserie et de limitation de concurrence se rapprochent le plus. Mais les droits réels sont établis limitativement par la loi et nul ne peut en créer à volonté. La servitude entre fonds de commerce n'est pas prévue par la loi et nous n'avons pas d'exemple de biens mobiliers grevés de charges au profit d'autres meubles.

Nous avons cependant une décision de jurisprudence qui a imposé l'exécution d'un engagement de brasserie au cessionnaire d'un fonds (41). Mais cet arrêt est peu intéressant car il s'est borné à affirmer purement et simplement que l'engagement de brasserie est attaché à l'établissement commercial.

Pouvons-nous prétendre alors qu'il existe un droit réel au profit de la personne envers qui l'engagement a été pris ?

Un arrêt de la Cour de Rouen du 28 novembre 1925 (42) a admis

(41) Nancy, 2 novembre 1925, cité par PORTIER. Thèse. Nancy 1933.

(42) D. 27. 2. 172.

en termes formels que l'interdiction d'exploiter une branche commerciale imposée à l'acheteur d'un fonds s'étendait au sous-acquéreur de ce fonds parce que cette interdiction était, non une obligation personnelle, mais un droit réel mobilier.

Comme nous l'avons dit, les droits réels mobiliers sont établis par la loi et nul ne peut en créer de nouveaux.

L'arrêt de la Cour de Rouen invoque l'article 1122 du Code Civil d'après lequel on est censé stipuler pour soi, ses héritiers et ayants cause. Mais comme le montre M. Lepargneur dans sa note sous cet arrêt, le Code Civil en parlant des ayants cause n'a voulu parler que des ayants cause à titre universel et non des ayants cause à titre particulier.

La jurisprudence et la doctrine sont d'ailleurs unanimes sur ce sens du mot « ayants cause » (43).

En matière de droits immobiliers par exemple, il est universellement reconnu que le droit accordé sur un immeuble au profit d'une personne, mais non pas au profit d'un autre immeuble ne constitue pas un droit réel et ne peut être imposé à l'acquéreur de cet immeuble (44).

Nous retrouvons cette manière de voir dans un arrêt de la cour de Dijon (45) qui a décidé qu'une convention de limitation de concurrence intervenue entre tous les membres d'une corporation commerciale ne s'imposait pas aux cessionnaires d'un fonds dont le vendeur était partie à cette convention.

La même question se pose pour les pactes de préférence dont nous trouvons une application en matière de contrat de brasserie. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, ils n'engendrent qu'une obligation personnelle, mais non un droit réel. En matière immobilière ils ne sont pas soumis à la formalité de la transcription et même s'ils étaient transcrits, ne seraient pas opposables aux tiers (46).

Nous retrouvons en outre, pour refuser à tous ces contrats un

(43) PLANIOL. *Traité élémentaire du droit civil*. Tome 2, page 397.

(44) Requ. 8 juillet 1851. D. 51. 1. 188.

(45) 15 janvier 1908. D. 1911. 2. 128.

(46) M. LALOU. D. H. chronique, page 41.

caractère obligatoire envers les tiers, les mêmes arguments que ceux que nous avons formulés plus haut.

1° — Ce serait créer un privilège assurant l'exécution de la convention. La personne au profit de laquelle l'engagement a été pris ne serait plus réduite à demander des dommages-intérêts dont elles devraient poursuivre le recouvrement contre le vendeur ; au contraire elle serait sûre de voir son engagement exécuté et passerait donc avant tous les créanciers même privilégiés sur le prix.

La situation serait particulièrement choquante lorsque le fonds serait grevé d'un privilège de vendeur ou de nantissement inscrits antérieurement à la convention car les créanciers inscrits se verraient opposer un privilège occulte qui quoique consenti postérieurement aux leurs les primerait.

2° — La vente du fonds est une vente des éléments actifs qui le composent (47). Ce qui a été décidé par cet arrêt pour une vente amiable est encore plus vrai quand il s'agit d'une vente forcée, car le principe d'une vente forcée est de convertir en espèces ce qui forme l'actif d'une personne, et, par conséquent, de ne pas mettre à la charge de l'actif ce qui constitue le passif, que ce soit des dettes d'argent ou des obligations passives.

Mais la situation peut être plus complexe et dans certains cas les créanciers poursuivant la vente peuvent avoir intérêt à imposer l'exécution d'engagements passifs à l'adjudicataire.

En effet les contrats de brasserie peuvent garantir le paiement des pénalités qui seraient éventuellement dûes au brasseur en cas de contravention, par un privilège de nantissement.

Dans ce cas, les créanciers inscrits postérieurement et les créanciers chirographaires auront peut-être plus d'intérêt à imposer l'exécution de l'engagement à l'adjudicataire qu'à être primés par le privilège garantissant le paiement des dommages-intérêts.

Par contre, s'il existe des créanciers inscrits antérieurement au privilège inscrit au profit du brasseur, ceux-ci sont en droit de se refuser à ce que le contrat de brasserie soit mis à la charge de l'adjudi-

(47) Lyon, 29 avril 1911 précité.

cataire, car leurs privilège prime celui du brasseur, et ils ont plus d'intérêt à ce que le fonds soit vendu au plus haut prix qu'à éviter la mise en jeu d'un privilège qui ne peut leur nuire.

Dans cette hypothèse, les créanciers inscrits postérieurement au privilège profitant au brasseur ne peuvent s'opposer au droit du créancier inscrit en premier rang de refuser l'insertion du contrat de brasserie dans le cahier des charges car ils ont pu prendre connaissance de l'inscription de privilège pris au profit du brasseur.

Lorsque le contrat de brasserie se trouve inséré dans un bail ou un saus-bail consenti par le brasseur, l'adjudicataire se trouve automatiquement obligé de l'exécuter parce que ce contrat forme une modalité du bail. Il n'est donc pas nécessaire d'en imposer la continuation par une clause spéciale du cahier des charges, mais il est prudent de le mentionner dans l'énonciation du bail.

Il n'y a donc pas lieu de considérer comme opposable aux tiers les contrats qui ont eu en vue de créer à la charge du fonds de commerce un lien réel. S'il n'y avait pas de motif juridique à l'appui de cette opinion, les nécessités pratiques seraient suffisantes pour la justifier, car les contrats de brasserie donnent au brasseur un droit de prélèvement sur les recettes du commerçant pour une période en pratique illimitée. Ce droit de prélèvement qui subsiste longtemps après que la créance qui lui a donné naissance est éteinte, ne peut être racheté à un prix raisonnable. Il y a là une domination du brasseur sur le débiteur que M. Voirin dans la note précitée n'a pas hésité à qualifier de féodalité renaissante.

Si l'on admettait l'existence d'un lien réel entre ces contrats et le fonds de commerce, on pourrait voir tous les commerçants de gros imposer des contrats analogues aux contrats de brasserie de manière à s'attacher à tous les commerçants de détail.

Le petit commerçant tomberait dans la dépendance étroite de son fournisseur à qui il paierait une redevance sur son chiffre d'affaires.

CHAPITRE SECOND

PUBLICATION DU CAHIER DES CHARGES

Le cahier de charges rédigé, il y a lieu de le porter à la connaissance des acquéreurs éventuels et de certaines personnes ayant des droits réels sur le fonds. •

Avant d'étudier les formalités il faut examiner la question de savoir si le syndic de la faillite dont dépend le fonds est comme les poursuivants ordinaires obligé d'accomplir ces formalités.

Le syndic d'une faillite a en effet d'après l'article 486 du Code de Commerce le pouvoir, après autorisation du juge commissaire, de vendre les meubles de la faillite à l'amiable ou aux enchères.

La loi de 1909 s'applique-t-elle au syndic et lui impose-t-elle l'obligation de remplir ces formalités de l'article 17 ? Il est permis d'en douter car la loi de 1909 ne parle pas de la vente par le syndic, mais uniquement de la vente sur poursuite d'un créancier.

Sans doute est-il préférable qu'un syndic emploie les formes de l'article 17 afin de purger les inscriptions et l'action résolutoire et éviter la surenchère à l'acquéreur, mais cela n'est pas à notre sens une raison suffisante (1).

La Chambre des requêtes a rendu le 21 juin 1933 (2) un arrêt dans ce sens.

Mais dans un arrêt du 23 octobre 1934 (3) elle a décidé dans le sens opposé en se basant sur l'idée très exacte à notre avis que le syndic en poursuivant la vente agit comme représentant de la masse et que par suite il doit être soumis aux obligations incombant aux créanciers.

SECTION I. —SOMMATION AUX TITULAIRES DES DROITS RÉELS

La loi veut que les créanciers inscrits sur le fonds de commerce soient appelés à prendre connaissance du cahier des charges.

(1) CENDRIER. n° 419.

(2) *Journal des Notaires*, 1934. P. 1224.

(3) *Journal des Notaires*, 1936. P. 862 .

Ceux-ci ont un intérêt évident, tout d'abord à être avertis de l'adjudication pour qu'ils puissent sauvegarder leurs droits et racheter le fonds si le prix ne s'élève pas assez haut pour garantir leur créance et ensuite à prendre connaissance du cahier des charges qui peut contenir des clauses les défavorisant.

Les sommations font en outre produire aux inscriptions leur effet légal. Nous verrons cette question en étudiant le point de savoir si l'adjudication produit purge. La sommation aux titulaires de l'action résolutoire a en outre pour but de les mettre en demeure d'exercer leur action dans le délai d'un mois, faute de quoi cette action est éteinte.

Doivent être sommés :

1° Les créanciers inscrits, ainsi que les créanciers subrogés, à condition qu'ils se soient inscrits ou que la subrogation ait été mentionnée antérieurement au jugement ordonnant la vente ;

2° Le propriétaire du fonds. Mais si le propriétaire du fonds est en faillite ou en liquidation judiciaire, il y a lieu de sommer le syndic ou le liquidateur judiciaire comme représentant du propriétaire.

Y a-t-il lieu de sommer l'administrateur provisoire du fonds ? Outre qu'il ne figure pas dans la loi parmi les personnes à sommer, on n'en voit pas la nécessité, car il n'a aucun droit sur le fonds et n'est pas partie à la procédure.

Il n'est pas nécessaire de sommer les créanciers chirographaires, même s'ils avaient exercé des poursuites de saisie-exécution à la suite desquelles le propriétaire du fonds a demandé la vente globale.

La Cour de Douai (4) a décidé ainsi en se basant sur le fait que l'article 17 de la loi de 1909 ne prévoit que l'indication du propriétaire et du poursuivant et la sommation aux créanciers inscrits.

Il faudrait donc étendre la dispense de sommation aux parties au jugement ordonnant la vente, dès qu'elles ne poursuivent plus la vente.

D'après les clauses de certains baux, la cession du bail doit être faite en présence ou après appel du propriétaire ; l'inexécution de cette clause pouvant entraîner la résiliation du bail, ce serait donc une

(4) 22 mars 1934. *Journal des Notaires*, 1934, page 859.

faute lourde de ne pas l'appeler à l'adjudication qui entraîne cession du bail.

Mais certains baux sont rédigés d'une façon plus stricte : ils exigent que l'agrément du bailleur à la cession soit donnée avant la cession.

Dans le cas de vente aux enchères, il est impossible de demander son agrément au bailleur, puisqu'on ne sait pas quel sera l'acquéreur.

Suffit-il de l'interpeller et de le sommer d'assister à l'adjudication pour qu'il puisse donner son consentement à la cession ? Cela dépend de la clause contenue au bail. Si le bailleur s'est réservé la faculté de réfléchir pendant un certain délai, la difficulté pourra être tournée en affectant l'adjudication d'une condition suspensive de l'acceptation du propriétaire.

La sommation doit être faite par ministère d'huissier, mais on peut y suppléer, si les personnes à sommer, prévenues amiablement, consentent à prendre communication du cahier des charges et à donner acte de cette prise de communication et de leur connaissance de la date de l'adjudication par un procès-verbal qui fera suite au cahier des charges.

Le délai qui doit s'écouler entre la sommation et l'adjudication varie selon les personnes à sommer.

S'il s'agit d'un précédent vendeur ayant un privilège de vendeur assorti de l'action résolutoire, le délai est d'un mois.

Pour le propriétaire du fonds et les syndics et liquidateurs, ainsi que pour les autres créanciers inscrits, il est de quinze jours.

En ce qui concerne le bailleur, il y a lieu d'observer le délai ordinaire des ajournements, soit trois jours francs.

Bien entendu, le cahier des charges doit être signé au moment où la sommation est faite, pour que le sommé puisse en prendre connaissance. Dans le cas où des dires modifiant le cahier des charges sont faits postérieurement au moment où des créanciers sommés ont pris connaissance du cahier des charges, y a-t-il lieu de leur faire une nouvelle sommation ?

Il semblerait, à première vue, qu'il y aurait lieu de répondre par

l'affirmative, car le cahier des charges et le dire postérieur forment un tout, et on ne peut pas dire qu'il n'y a lieu de sommer les intéressés qu'à prendre connaissance du cahier des charges seulement.

Pour éclaircir la question, il faut se reporter à la saisie immobilière, dont la loi de 1909 n'est sur ce point qu'une copie maladroite. Dans la saisie immobilière, en effet, les sommations ont pour but de faire prendre connaissance du cahier des charges, de faire les dire et observations et d'assister à la lecture du cahier des charges, qui est faite devant le tribunal à un jour fixé.

Le sommé doit faire ses observations avant le troisième jour qui précède la lecture du cahier des charges et le tribunal civil statue à l'audience où la publicité de ce cahier de charges est faite, sur les dire et observations faits par les intéressés.

Par suite, on ne peut plus apporter de modifications au cahier des charges après que celui-ci a été publié.

Il nous semble qu'il y a lieu de décider par analogie que les personnes sommées sont tenues de prendre communication du cahier des charges, tel qu'il se trouve rédigé au moment de l'adjudication et que par suite, si elles en prennent connaissance avant l'adjudication, elles ne peuvent élever aucune objection si elles n'ont pas connu les modifications qui y ont été apportées ultérieurement.

D'ailleurs, on ne pourrait recommencer les sommations après chaque dire, car il faudrait observer des délais qui reculeraient indéfiniment la date de l'adjudication.

Pour connaître les créanciers inscrits, il faut lever un état des inscriptions au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds.

Les registres d'inscription étant tenus par noms de personnes, il faut connaître les noms des précédents propriétaires pour pouvoir les mentionner, sur la réquisition d'état. Il est donc nécessaire d'établir l'origine de propriété du fonds pour avoir les noms de toutes les personnes contre lesquelles des inscriptions ont pu être prises.

Les sommations sont signifiées aux créanciers inscrits par ministère d'huissier, en la forme ordinaire des exploits, au domicile élu

dans les inscriptions. Cette élection de domicile doit avoir lieu dans le ressort du tribunal de commerce du lieu où se trouve le fonds.

L'obligation du poursuivant de sommer les créanciers inscrits est suffisamment remplie dès que la sommation a été adressée au domicile élu. Si la personne qui devait recevoir cette sommation au domicile élu a quitté son domicile, la sommation est faite au Parquet du Tribunal Civil.

L'existence de créanciers subrogés soulève une question relative au lieu où la sommation doit leur être adressée.

Le créancier subrogé n'a pas à faire élection du domicile dans sa subrogation. Dès lors si l'on admet, comme cela se fait en pratique malgré une jurisprudence ancienne en matière immobilière (5), qu'il y a lieu de sommer le créancier subrogé, y a-t-il lieu de lui adresser la sommation au domicile élu par le créancier subrogeant, ou au domicile élu par le créancier subrogé ?

A défaut d'élection de domicile dans l'inscription ou dans la mention, le poursuivant n'est pas dispensé de faire une sommation.

La loi de 1909 ne parle que de la signification au domicile élu, par suite il semblerait qu'il n'y a pas lieu de faire de sommation au domicile réel.

Mais dans le cas où il résulterait de l'inscription de la mention que le créancier avait son domicile réel dans le ressort du Tribunal, il serait prudent de lui adresser la sommation à son domicile réel, car cette indication du domicile réel pourrait être considérée comme une élection du domicile (6).

Si l'on admet qu'il y a lieu de sommer le créancier subrogé au domicile élu, il n'y a pas lieu d'observer l'augmentation du délai par suite de la distance, car il y a lieu de considérer le domicile élu comme étant le domicile réel (7).

En cas d'erreur dans la délivrance de l'état d'inscriptions, par suite de laquelle le créancier inscrit n'a pas été sommé, l'adjudica-

(5) Libourne, 12 août 1851. D. 54. 3. 39. Cass. Civ. 18 juin 1866. D. 66. 1. 332.

(6) Cass. chambres réunies 14 janvier 1863.

(7) GLASSON. *Précis de procédure*.

tion ne serait pas nulle, mais le créancier aurait la faculté de surenchérir et la responsabilité du greffier serait en jeu.

Pour des personnes autres que des créanciers inscrits, la sommation est faite au domicile réel et en cas d'ignorance de ce domicile, au Parquet du Tribunal Civil.

Nous verrons plus loin si les sommations ont pour effet de lier les créanciers à la procédure, comme en matière de saisie immobilière et s'il y a possibilité de subrogation aux poursuites.

SECTION II. — PUBLICITÉ

La publicité ordonnée par la loi se fait de deux manières : par insertion dans les journaux et par apposition de placards.

La loi de 1909, dans son article 17, a précisé toutes les énonciations qui doivent figurer dans ces placards et insertions. Nous ne reproduirons pas toutes ces énonciations, nous rappellerons seulement que cette publicité doit être faite au moins dix jours avant la vente ; que l'insertion doit avoir lieu dans un journal d'annonces légales du lieu du fonds de commerce et que ces formalités sont constatées, en ce qui concerne les placards, par un procès verbal d'apposition dressé par un huissier, et en ce qui concerne l'insertion dans un journal, par un exemplaire de ce journal signé de l'imprimeur.

SECTION III. — INCIDENTS

Les incidents qui peuvent survenir pendant cette phase de la procédure sont de diverses sortes : ce peuvent être des incidents de nullité ou des prétentions soulevées par des intéressés, au moyen de dires insérés au cahier des charges.

§ 1 : INCIDENTS DE NULLITÉ

La loi de 1909, dans ses articles 17, § 6 et 15, §8, a réglé la procédure pour la solution de ces incidents, de manière à leur donner une solution rapide et à rendre l'adjudication inattaquable.

Ces articles s'appliquent uniquement aux moyens de nullité concernant la procédure antérieure à la vente.

Il est nécessaire de préciser ce qu'il faut considérer comme moyen de nullité de la procédure de vente, car ces moyens ne peuvent être opposés que dans les huit jours précédant l'adjudication ; la brièveté du délai entre les sommations et la publicité d'une part, et la huitaine précédant l'adjudication d'autre part est telle qu'en pratique elle équivaut à les rendre inopposables.

Pour éclairer la question, il faut se reporter à la saisie immobilière qui contient une disposition analogue dans les articles 728 et 729 du Code de Procédure civile et aux applications qui en sont faites par la doctrine et la jurisprudence.

Il est admis que ces articles s'appliquent aux nullités de forme et de fond de la procédure et qu'ils s'étendent non seulement aux nullités provenant d'irrégularités dans les actes de la procédure, mais également à certains cas où la nullité de la saisie pourrait être invoquée pour d'autres causes, telles que le défaut de titre du poursuivant ou l'inaliénabilité des biens saisis.

Si nous étendons à la vente forcée du fonds de commerce les règles établies pour la saisie immobilière, nous sommes amenés à décider que l'article 17 § 6 vise les cas où la nullité pourrait être demandée par suite du défaut de publicité, de sommation au propriétaire du fonds, d'inobservation du délai imparté pour la vente.

Il a été ainsi jugé en ce qui concerne le défaut de publicité (8) et en ce qui concerne l'adjudication hors délai (9).

En ce qui concerne les créanciers inscrits qui n'ont pas été sommés, il est impossible de décider que, faute par eux d'avoir opposé la nullité dans le délai, l'adjudication produirait son plein effet envers eux, car c'eût été rendre illusoire la charge imposée au poursuivant de leur faire sommation. Aussi, la jurisprudence décide-t-elle que dans ce cas, le créancier inscrit non sommé ne peut demander la nullité de la vente, mais peut former une surenchère comme si la vente avait eu lieu amiablement (10).

(8) Commerce Seine. 2 novembre 1928. *Gazette des Tribunaux*, 6 avril 1929.

(9) Commerce, Seine 19 janvier 1926. *Gaz. Trib.* 27 juillet 1926.

(10) Trib. de Com. du Havre, 12 février 1935. *Gazette du Palais*, 22 mars 1935.

Nous pensons que la nullité résultant de l'extinction de la créance du poursuivant serait également couverte faute d'avoir été soulevée dans les délais. Il en est de même du moyen de nullité que pourrait soulever le tiers détenteur contre qui l'adjudication aurait été poursuivie malgré son droit de procéder à la purge.

Nous croyons qu'il y aurait lieu d'appliquer les règles posées en matière de saisie immobilière et de décider que la déchéance résultant de l'article 17 § 6 ne peut s'appliquer lorsque les personnes ayant droit d'invoquer une nullité se sont trouvées dans l'impossibilité matérielle de la proposer en temps utile.

§ 2. DIRES ET REVENDICATIONS

Il peut surgir avant l'adjudication diverses réclamations contre le cahier des charges, de la part de personnes qui prétendent avoir des droits à exercer au sujet du fonds de commerce : c'est le cas des tiers qui revendiquent la propriété d'un élément du fonds ou bien réclament l'imposition à l'adjudicataire d'un contrat relatif au fonds.

Ces réclamations se font au moyen de dires ajoutés au cahier des charges.

L'officier public commis ne peut s'opposer à l'insertion de ces dires, même s'il juge qu'ils n'ont aucune base et qu'ils sont faits dans le but de retarder l'adjudication.

Mais toutes ces réclamations font corps avec le cahier des charges et il en sera donné lecture aux amateurs au moment de l'adjudication.

On se rend compte que, dans ce cas, l'énonciation de ces prétentions fera naître des doutes dans l'esprit des amateurs, soit sur la régularité de la procédure, soit sur l'étendue de leurs obligations éventuelles et la consistance du fonds à vendre, et les empêchera d'enchérir.

Que doit faire l'officier public commis ? Doit-il, dans tous les cas, surseoir à l'adjudication ? Peut-il, sur la requête du poursuivant, apporter au cahier des charges une rectification admettant la prétention énoncée dans le dire ?

On ne peut donner une règle précise à ce sujet, car c'est une question d'espèce.

Si la réclamation paraît nettement absurde et ne pas devoir influencer sur les amateurs, il n'y a qu'à passer outre. Si au contraire elle lui paraît justifiée en fait et en droit, de telle manière que l'officier public commis l'eût insérée au cahier des charges s'il l'avait connue plus tôt et qu'au surplus, aucune des personnes ayant le droit de faire des observations au cahier des charges ne s'y oppose, il n'y a qu'à l'insérer à titre de rectification ou de complément.

Mais la question devient plus délicate si un dire est inséré qui paraît avoir quelque fondement et qui soulève en même temps des protestations des intéressés. Dans ce cas, l'officier public commis a très certainement le pouvoir de procéder à l'adjudication en laissant les choses en l'état, à condition, bien entendu, qu'il en soit requis par le poursuivant, car, ainsi que nous l'avons dit, il est maître de la rédaction du cahier des charges et du prononcé de l'adjudication.

Il a très certainement aussi, et pour les mêmes raisons, le pouvoir de refuser même sur l'injonction du poursuivant de procéder à l'adjudication, s'il juge que celle-ci se ferait dans de mauvaises conditions.

A côté de cette question des pouvoirs de l'officier public commis vient se placer celle de sa responsabilité. Question à double tranchant, car on peut lui reprocher, tantôt d'avoir commis une faute en ayant procédé à l'adjudication dans une situation confuse, tantôt d'avoir commis une faute pour avoir retardé l'adjudication pour un motif insuffisant.

Cependant nous croyons qu'en cette matière l'officier public commis fera mieux de pécher par excès de prudence et qu'il sera le plus souvent difficile de lui reprocher de s'être montré timoré, car, en général il n'a pas les moyens de se décider sur la contestation, n'ayant pas la preuve des prétentions formulées, et il ne peut pas réduire à néant une prétention comme le tribunal pourrait le faire.

Si la difficulté est soulevée avant l'adjudication, l'officier public commis pourra se faire autoriser par une ordonnance de référé statuant sur la difficulté.

Mais si cette difficulté surgit au moment même de l'adjudication,

dans la plupart des cas l'officier public commis sera obligé de surseoir à l'adjudication.

On ne peut que regretter qu'en cette matière il n'existe un délai, comme en matière de saisie immobilière, après lequel les intéressés ne pourraient plus apporter de modifications au cahier des charges, de manière à ce que toutes les difficultés puissent être résolues avant l'adjudication.

Tout intéressé peut-il réclamer l'insertion d'une modification au cahier des charges ?

La Cour de Douai, dans son arrêt du 22 mars 1934, rapporté ci-dessus, a décidé qu'un créancier qui n'était ni inscrit, ni poursuivant, ne pouvait pas demander une modification au cahier des charges en se basant sur le fait qu'il n'y avait pas lieu de lui adresser la sommation prévue par l'article 17.

Cette raison ne nous paraît pas suffisante, parce que si la loi n'a imposé de faire des sommations qu'aux seuls créanciers inscrits, c'est que seuls ces derniers sont connus et qu'on ne peut sommer tous les créanciers chirographaires d'un commerçant.

En matière de saisie immobilière, tous les intéressés peuvent critiquer le cahier des charges, même dans certains cas les futurs enchérisseurs (11).

C'est très certainement cette solution qu'il y a lieu d'adopter car il n'y a pas de raison de priver les intéressés de faire valoir leurs droits, et de négliger des réclamations qui pourront se produire plus tard et auxquelles il ne pourra être donné satisfaction que par des dommages-intérêts.

§ 3. SUBROGATION AUX POURSUITES.

En principe, le poursuivant est seul maître de continuer ou d'arrêter comme bon lui semble la procédure de vente, de même qu'une instance quelconque.

Cependant, comme dans toutes les procédures ayant pour but

(11) CESAR BRU, *op. cit.* p. 223, n° 300.

la liquidation du patrimoine d'un individu, qui en général est criblé de dettes, l'action du poursuivant profite à tous les créanciers du poursuivi.

Par suite, le poursuivant agit en fait non seulement pour son compte, mais aussi pour celui des autres créanciers. Ces derniers s'abstiennent d'agir quand ils savent que la réalisation du gage est déjà demandée afin de ne pas engager une procédure inutile. Mais si le poursuivant ne conduit pas la procédure d'une manière conforme aux intérêts de tous les créanciers, et notamment s'il la suspend, ceux-ci subissent un préjudice.

Le Code de Procédure a réglé toutes ces difficultés au sujet de la saisie immobilière, mais la loi de 1909 ne s'en est pas occupée.

Y a-t-il lieu de la compléter d'après le Code de Procédure ? A défaut de motif juridique, les nécessités pratiques nous y obligent. Nous sommes en effet dans une matière qui requiert célérité et si le poursuivant néglige de réaliser le gage ou empêche les autres créanciers de le faire, le gage disparaîtra. Il semble donc nécessaire de décider qu'à défaut par le poursuivant de continuer la procédure de vente, tout autre créancier a le droit de se faire subroger aux droits du poursuivant.

C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 30 mai 1913 (12) a décidé qu'un créancier avait le droit de poursuivre la procédure de vente abandonnée par le poursuivant, motif pris, que le jugement rendu par application des articles 15 et 20 de la loi de 1909 suspend la procédure de saisie-exécution et que par suite, le jugement ordonnant la vente est opposable à tous les créanciers généralement quelconques et leur est commun.

Cette décision nous paraît entièrement justifiée, par la raison donnée par ce jugement. En outre, la subrogation aux poursuites permet seule de sauvegarder les droits des autres créanciers, car il semble difficile, comme nous le montrerons plus loin, qu'une fois la vente ordonnée, un autre créancier puisse demander à nouveau au tribunal d'ordonner la vente.

(12) *Gazette du Palais*, 21 juin 1913.

Faut-il en déduire que tout créancier a le droit de requérir la vente à défaut de poursuivant sans obtenir du tribunal la subrogation ? On ne peut aller jusque là car d'abord il faut que le créancier justifie de son titre et l'officier public commis ne pourra prendre sur lui de décider si le prétendu créancier a le droit de requérir l'adjudication, même au cas où celui-ci serait muni d'un titre exécutoire.

Au lieu de demander la subrogation un autre créancier pourrait-il demander par un autre jugement la vente du fonds ? La loi de 1909 ne s'y oppose pas en termes formels. Cependant, un deuxième jugement risquerait d'amener des conflits, s'il nommait un autre administrateur provisoire et commettait un autre officier public pour procéder à la vente. Il semble donc que le tribunal sollicité une deuxième fois d'ordonner la vente devra prendre soin de nommer le même administrateur et de commettre le même officier public, ainsi que de fixer les mêmes mises à prix et conditions, ce qui reviendrait à une subrogation du deuxième poursuivant dans le droit aux poursuites du premier.

§ 4. EXERCICE DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE.

Le précédent vendeur qui a réservé à son profit l'action résolutoire, a le droit jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de la sommation qui lui a été faite, de déclarer son intention de demander la résolution de la vente.

L'action résolutoire arrête nécessairement la poursuite de la vente dans tous les cas où le précédent vendeur n'est pas intéressé à la dette, car le droit de propriété du poursuivant s'évanouit.

Mais, dans le cas où le titulaire de l'action résolutoire est lui-même personnellement tenu à la dette en vertu de laquelle le poursuivant agit, on peut se demander si la vente peut être toujours poursuivie.

Il faut distinguer si le précédent vendeur a reçu une sommation de payer antérieurement au jugement ordonnant la vente conformément à l'article 16 de la loi de 1909 ou s'il n'a pas été mis en cause dans la procédure,

Dans le premier cas il est partie à la procédure, la poursuite de la vente a été exercée contre lui, et l'exercice de l'action résolutoire ne change rien à ses obligations.

Si au contraire il n'a pas été sommé, il y aurait lieu d'arrêter les poursuites de vente et de recommencer la procédure contre lui.

§ 5. MISE EN FAILLITE DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS.

La mise en faillite d'un commerçant suspend les poursuites individuelles des créanciers. C'est le syndic seul qui peut exercer leurs actions.

Cependant, si le poursuivant a une créance garantie par un privilège de vendeur ou de nantissement, il a le droit de continuer la poursuite, car son privilège, de même que les hypothèques, s'exerce en dehors de la faillite à laquelle il n'est pas appelé à produire. Il n'est pas non plus représenté à la faillite par le syndic. Cela résulte des principes généraux de la faillite et de la liquidation judiciaire (Art. 546, 547, 548 C. Com., art. 24 de la loi du 24 mars 1889).

Mais si le poursuivant est créancier chirographaire, la question de savoir si la procédure commencée peut être continuée par lui est résolue en sens opposé par la jurisprudence (13). Il semble prudent de s'en tenir au texte de l'article 571 du Code de Commerce dont les termes absolus ne paraissent pas permettre la continuation des poursuites.

En tout cas, il y aura lieu pour le poursuivant de faire sommation au syndic d'assister à l'adjudication, car il devient le représentant du propriétaire du fonds.

(13) Lyon, 24 juillet 1911. D. 1913. 2. 302. — Pau, 15 juillet 1913. S. 13. 2. 398.

TROISIEME PARTIE

L'Adjudication

Une fois remplies toutes les formalités ci-dessus, il ne reste plus qu'à procéder à l'adjudication, c'est-à-dire au transfert de la propriété sur la base du cahier des charges.

CHAPITRE PREMIER

FORMES DE L'ADJUDICATION

§ 1. REQUÊTE DU POURSUIVANT.

L'adjudication ne peut être prononcée que si l'officier public commis est requis par le poursuivant en personne ou par son mandataire. La commission de l'officier public ne lui donne que la mission de donner une forme légale à l'action du poursuivant et par suite, à défaut par lui de requérir la vente, l'officier public ne peut la prononcer seul.

Par suite, si le poursuivant ne vient pas le jour de l'adjudication, celle-ci ne peut avoir lieu.

Cependant, on pourrait suppléer à l'absence du poursuivant si le propriétaire du fonds ou un autre créancier subrogé par un jugement dans l'effet des poursuites, consentait à requérir l'adjudication.

§ 2. LECTURE DU CAHIER DES CHARGES.

Préalablement à l'adjudication l'officier public commis doit lire aux amateurs le cahier des charges dans son entier, ainsi que tous les actes qui ont été dressés à la suite et le procès-verbal d'adjudication dont l'ensemble forme le contrat qui liera le vendeur et l'adjudicataire.

Cette lecture est essentielle, car c'est elle qui avertit les amateurs des conditions de la vente et notamment leur indique le montant des frais préalables, et qui permet aux intéressés sommés de se rendre compte si la vente n'a pas lieu en fraude de leurs droits.

Cette obligation de la lecture résulte d'ailleurs des règles générales des actes notariés.

§ 3. CONSTATATIONS DE LA PRÉSENCE OU DE L'ABSENCE DES PERSONNES SOMMÉES.

Il y a lieu ensuite de constater si les personnes sommées d'assister à l'adjudication sont présentes ou non.

En cas de non présence, l'officier public prononce défaut contre elles.

Si elles sont présentes, l'officier public constate leur présence et enregistre leurs observations.

Dans le cas où des dires sont faits, il y a lieu de les insérer en tout état de cause. L'officier public commis et le poursuivant ont alors à prendre parti sur la question de savoir si le dire soulève un litige et s'il y a par suite lieu de remettre la vente à plus tard.

§ 4. ENCHÈRES. PRONONCÉ DE L'ADJUDICATION.

Si aucune difficulté n'est soulevée, rien n'empêche d'ouvrir les enchères. Les amateurs qui ont versé la consignation stipulée au cahier des charges énoncent leurs mises et celui qui a mis la plus forte enchère est proclamé adjudicataire. C'est l'officier public commis qui prononce l'adjudication.

La loi de 1909 n'a pas imposé comme en matière d'adjudication judiciaire d'immeubles l'emploi des feux. Cependant, le cahier des charges en prévoit en général l'emploi.

Voici comment l'on procède : aussitôt qu'une mise n'est pas couverte par une autre, le notaire allume une bougie, une fois qu'elle est éteinte, il en rallume une seconde, puis un troisième; celle-ci éteinte, les amateurs ne peuvent plus enchérir. Le notaire doit alors déclarer le dernier enchérisseur adjudicataire.

L'extinction de la dernière bougie ne constitue pas ipso facto le dernier enchérisseur adjudicataire, il faut que le notaire prononce l'adjudication. Si pour une raison quelconque le notaire ne prononce pas l'adjudication, le dernier enchérisseur ne sera pas adjudicataire, car c'est le notaire seul qui peut déclarer que le transfert de la propriété est opéré.

CHAPITRE SECOND

EFFETS

L'adjudication produit des effets qui sont ceux de la vente amiable tels que le transfert de la propriété et le droit à la délivrance, et des effets résultant spécialement de son caractère de vente judiciaire, tels que la purge.

§ 1. TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ.

Dès que l'adjudication est prononcée, l'adjudicataire devient propriétaire du fonds, il est subrogé au vendeur dans tous ses droits, sous réserve, bien entendu, de la folle enchère, et à supposer que le vendeur du fonds en soit resté propriétaire jusqu'au moment de l'adjudication.

Si le transfert de la propriété s'opère nécessairement dès le prononcé de l'adjudication vis-à-vis du vendeur, la chose est moins certaine en ce qui concerne les tiers.

Il faudrait, ainsi que nous l'avons montré plus haut, distinguer entre les tiers qui ont acquis le fonds de commerce dans son ensemble et ceux qui ont acquis un élément séparé du fonds.

On ne peut en effet comparer la situation d'un tiers qui a acheté une universalité ayant, ainsi que la jurisprudence le reconnaît, le caractère de meuble incorporel, et le tiers qui a acheté un élément séparé du fonds.

Par conséquent, si l'adjudicataire du fonds peut opposer son contrat d'acquisition à un cessionnaire qui aurait acquis le fonds après l'adjudication, il devra justifier à l'acquéreur d'un élément séparé du fonds qu'il s'en est mis en possession suivant les règles propres à la nature de cet élément.

§ 2. DÉLIVRANCE

L'adjudicataire a le droit de se faire mettre en possession du fonds dès l'adjudication, à condition qu'il ait exécuté les obligations qui lui

ont été imposées par le cahier des charges pour pouvoir entrer en jouissance.

Il a droit aux fruits que le fonds aurait pu produire à partir du jour de l'adjudication.

§ 3. GARANTIE

L'adjudicataire a droit à la garantie, mais seulement de la part du vendeur. En effet, le poursuivant ne garantit pas la vente, son rôle s'est borné à faire prononcer la vente par le moyen d'une procédure légale. Il pourrait, tout au plus, être passible de dommages-intérêts si, par sa faute, il avait induit l'adjudicataire en erreur.

Mais la garantie à laquelle a droit l'adjudicataire n'est que la garantie d'éviction, c'est-à-dire la garantie que l'acheteur ne sera pas troublé dans sa possession.

Par contre, en vertu du principe général, établi par l'article 1649 du Code Civil, pour les ventes faites par autorité de justice, l'adjudicataire n'a pas droit à la garantie des vices cachés. L'absence de cette garantie est une chose grave, car les éléments incorporels d'un fonds ne sont pas des biens tangibles dont on peut déceler facilement une grande partie des défauts.

Les caractères distinctifs des vices cachés sont d'être graves, antérieurs à la vente, cachés et de rendre l'objet impropre à l'usage auquel on le destine ou d'en diminuer considérablement la valeur. Leur détermination est une question de fait.

§ 4. PURGE

L'adjudication a pour effet de purger les privilèges inscrits du chef des vendeurs et des précédents propriétaires. La loi de 1909 n'a pas accordé explicitement cet effet à l'adjudication, mais il résulte suffisamment de certaines dispositions de la loi.

Les créanciers inscrits ont été sommés d'assister à l'adjudication, ils ont donc eu la possibilité de porter des enchères sur le fonds et s'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils ont jugé suffisant le prix d'adjudication. Il serait donc inutile de leur accorder un droit de surenchère.

Aucune surenchère n'est possible après l'adjudication (article 21 de la loi de 1909). Le prix est donc définitivement fixé.

Enfin, l'article 22 de ladite loi ne prévoit la possibilité de purger qu'après une vente amiable.

On pourrait élever une objection du fait que seuls les créanciers inscrits antérieurement au jugement doivent être sommés d'assister à l'adjudication, car les créanciers qui se sont inscrits postérieurement au jugement ont un privilège qui est certainement valable, cependant, ils ne jouissent pas des mêmes garanties que les autres créanciers, puisqu'ils ne sont pas sommés d'assister à l'adjudication.

La loi de 1909 a certainement considéré que pour ne pas gêner la marche de la procédure, il n'y avait pas lieu de leur adresser des sommations et les a par conséquent privés des garanties accordées aux autres créanciers inscrits.

En outre, il semble bien que par suite du caractère absolu des articles 21 et 22 de ladite loi, il faut considérer que l'adjudication purge également les privilèges inscrits après le jugement.

La date à laquelle les inscriptions produisent leurs effets ne peut être la date de l'adjudication mais le quinzième jour suivant l'adjudication, car jusqu'à cette date, les privilèges peuvent être encore inscrits.

Par suite, c'est à partir de cette date que l'effet des inscriptions est reporté sur le prix et que les créanciers n'ont plus besoin de faire renouveler leurs inscriptions si elles sont atteintes par la péremption décennale.

Les créanciers inscrits ont droit outre les intérêts échus et conservés par l'inscription, aux intérêts, produits par leur créance à partir de ce jour jusqu'à la clôture de la contribution.

§ 5. ARRÊT DES INSCRIPTIONS.

L'adjudication n'arrête pas le cours des inscriptions car elle n'est pas soumise à une transcription, mais cela a peu d'intérêt, les inscriptions de privilège devant être prises dans la quinzaine de l'acte qui a fait naître le privilège.

CHAPITRE TROISIÈME

EXPERTISE DES ELEMENTS CORPORELS

L'expertise des éléments corporels doit avoir lieu dans le plus bref délai après l'adjudication afin que ces éléments ne disparaissent pas et que le prix total du fonds de commerce soit déterminé le plus rapidement possible.

La loi ne dit pas qui est partie à l'expertise. Dans le silence de la loi, il semble que seuls le vendeur et l'adjudicataire aient le droit de choisir l'expert et de prendre part à l'expertise.

Si le vendeur fait défaut, l'expertise se fait par un expert nommé par le président du tribunal de commerce ; dans ce cas, l'adjudicataire seul y assiste.

Les créanciers peuvent-ils y intervenir pour faire valoir leurs droits ? La loi n'oblige pas de les y appeler ; par suite, l'expertise est régulière si elle a lieu seulement entre le vendeur et l'adjudicataire.

L'absence des créanciers à cette opération rend possible une collusion entre le vendeur et l'adjudicataire qui peuvent diminuer le montant des estimations ou soustraire à l'expertise une partie des objets.

Si on ne peut faire grief au vendeur et à l'adjudicataire de ne pas avoir appelé les créanciers à l'expertise, il ne semble pas que ceux-ci pourraient se voir refuser le droit d'y assister, car ce refus de laisser contrôler une opération qui les intéresse laisserait planer une présomption de fraude.

L'expertise des éléments incorporels ne change pas la nature de la transmission de ces biens, qui garde sa nature de vente publique aux enchères, car il ne s'agit que d'un mode de fixation de prix qui peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, conformément à l'article 1592 du Code Civil (1).

Par suite, l'adjudicataire ni les autres intéressés ne peuvent con-

(1) Besançon, 1 février 1926. D. 1926. 2. 113. Seine, 20 juin 1933. *Gaz. Palais*, 17 octobre 1933, n° 290.

tester l'évaluation et il n'est pas besoin de demander un jugement pour poursuivre le paiement du prix des éléments expertisés, si l'adjudication a été faite par un notaire. Dans ce cas, le notaire pourra délivrer une grosse du cahier des charges, du procès-verbal d'adjudication et de l'acte du procès-verbal d'expertise qui servira de titre exécutoire pour arriver au paiement de tout le prix de vente du fonds de commerce.

CHAPITRE QUATRIÈME

FORMALITÉS POSTÉRIEURES A L'ADJUDICATION

Il y a lieu de remplir toutes les formalités qui doivent être normalement accomplies après toutes les ventes de fonds de commerce et qui sont : la publication de la vente, sauf si le vendeur est en état de faillite ; l'inscription du privilège de vendeur, à défaut de paiement du prix ; la signification en vertu de l'article 1690 C. C. à faire au bailleur de l'immeuble et à toute personne qui aurait passé un contrat dont l'adjudicataire serait devenu cessionnaire.

CHAPITRE CINQUIÈME

FOLLE ENCHÈRE

L'article 19 de la loi de 1909 a permis de revendre le fonds de commerce sur folle enchère.

Le droit de poursuivre la revente sur folle enchère s'ouvre dès que l'adjudicataire ne paie pas son prix et ses accessoires, ou n'exécute pas une des clauses du cahier des charges.

Ce droit subsiste sans qu'il soit besoin de le conserver par une inscription, comme c'est le cas pour l'action résolutoire en cas de vente amiable .

A notre avis, il n'est pas besoin de demander au Tribunal un jugement ordonnant la revente ; certains auteurs (1) sont d'un avis opposé et invoquent à l'appui de leur opinion que les mises à prix doivent être fixées par le tribunal et qu'il n'existe pas d'autre procédure pour la vente du fonds que celle instituée par la loi de 1909.

Ces motifs ne nous paraissent pas convaincants, car le premier jugement ayant fixé les mises à prix, il suffit de procéder à la nouvelle adjudication sur ces mises à prix. En outre, l'article 19 a stipulé que la revente sur folle enchère se ferait après l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 17 sans renvoyer à l'art. 15 qui contient les énonciations relatives au jugement. Cette omission semble bien établir la volonté de la loi de ne pas exiger un nouveau jugement dont la nécessité ne se fait nullement sentir.

Quels sont les effets de la folle enchère ?

Le titre de l'adjudicataire est résolu, par conséquent tous les actes de disposition qu'il a pu consentir au sujet du fonds deviennent inopérants, sauf, bien entendu, ceux qui concernent les meubles corporels dont les acquéreurs sont protégés par l'art. 2279 C. C. Mais les actes d'administration gardent leurs effets.

(1) CENDRIER, *op. cit.* page 317.

Le fol enchérisseur a droit aux fruits échus entre les deux adjudications et les risques sont à sa charge.

Il doit payer la différence entre son prix et celui de la revente, mais si cette différence constitue un excédent, il n'y a pas droit.

Une controverse existe en matière de saisie immobilière sur le point de savoir si la différence entre le prix des deux adjudications est le gage des créanciers inscrits. Elle peut être soulevée également en matière de fonds de commerce, car les termes de la loi de 1909 sont les mêmes que ceux du Code de Procédure à peu de chose près.

Si l'on considère la folle enchère comme produisant un effet résolutoire, la différence entre les deux prix ne peut être due qu'à titre de dommages-intérêts et par suite les créanciers chirographaires pourront exercer leurs droits sur elle.

Mais en réalité il faut s'en tenir à ce fait qu'en se rendant adjudicataire, le fol enchérisseur s'est obligé à payer son prix et qu'il reste tenu de le payer quoique son droit de propriété soit résolu. Le montant de son obligation ne fait que varier selon le résultat de la seconde adjudication.

Le montant des frais payés par le fol enchérisseur devrait être remboursé car le second acquéreur n'aura à en payer que si son prix dépasse celui de la première adjudication, mais le cahier des charges stipule toujours qu'ils profiteront au second adjudicataire.

Aucun jugement n'étant nécessaire pour exercer la folle enchère, la procédure de revente consiste donc à faire constater par une sommation ou un commandement la carence de l'adjudicataire, à fixer une nouvelle date pour l'adjudication et à recommencer les formalités prescrites par l'art. 17 de la loi de 1909.

QUATRIEME PARTIE

Païement et répartition amiable du prix

Le but de la procédure de réalisation des fonds de commerce est de transformer les fonds de commerce en argent liquide afin que les créanciers puissent toucher le montant de leurs créances.

Cette partie finale de la procédure peut en être la plus longue et la plus complexe, car elle amène à envisager les problèmes soulevés par la matière des privilèges et de leur classement, ainsi que l'étude de la procédure de distribution par contribution.

Nous n'étudierons pas ces questions qui nous feraient sortir du cadre de cette étude et sur lesquelles il y a plusieurs ouvrages.

Nous nous bornerons à étudier quelques problèmes qui se présentent lorsque l'officier public commis essaie d'arriver à une distribution amiable et d'éviter une consignation du prix et une procédure de contribution.

Préalablement nous examinerons la situation du sequestre dépositaire du produit de la vente.

CHAPITRE PREMIER

LE SEQUESTRE DEPOSITAIRE DU PRIX

Il est de toute nécessité de faire verser le prix de la vente par l'acheteur le plus vite possible après la vente. A la différence de la saisie immobilière on ne peut se contenter pour garantir le paiement du prix d'une inscription de privilège et de l'action résolutoire, car le fonds de commerce est sujet à une dépréciation rapide et l'acheteur pourrait dilapider en quelques jours les éléments corporels et rendre ainsi toute action en folle enchère illusoire.

Il faut donc que le prix soit déposé entre les mains de quelqu'un. Ce ne peut être entre les mains du vendeur, car par hypothèse il est obéré de dettes et il y aurait de grandes chances qu'il le garde pour lui au lieu de désintéresser ses créanciers, et de la sorte l'acheteur serait obligé de payer deux fois.

Une solution consisterait à verser le prix à la Caisse des dépôts et consignations à charge des inscriptions et des oppositions. C'est la solution la plus simple pour l'acquéreur et qui lui offre le plus de garantie.

Mais elle a l'inconvénient d'empêcher une répartition amiable.

La pratique a imaginé d'utiliser le dépôt à titre de séquestre de l'article 1956 C. C. Les parties en cas de vente amiable ou le cahier des charges en cas de vente forcée stipulent que le prix sera remis à une tierce personne avec mission de recevoir le prix, de recevoir les oppositions et de remettre en cas d'accord le prix aux créanciers ou aux vendeurs et en cas de désaccord de le verser à la Caisse des Dépôts.

Mais est-ce que cette constitution de séquestre protège bien tous les intéressés en présence ?

Le séquestre prévu par l'article 1956 C. C. est chargé d'une chose contentieuse tandis que dans notre cas il s'agit d'une somme

d'argent. Peut-on dire que cette somme d'argent soit subrogée réellement au bien vendu ? Certainement non.

Dès lors il est nécessaire de savoir si les fonds déposés restent la propriété de l'acquéreur ou celle du vendeur.

Cette question a un gros intérêt car si les fonds sont détenus pour le compte de l'acquéreur, celui-ci n'est pas libéré, le fonds qu'il a acquis peut être revendu sur folle enchère et ses créanciers peuvent saisir la somme sequestrée et se faire payer par préférence à ceux du vendeur.

Si au contraire ils sont devenus la propriété du vendeur, les créanciers du vendeur peuvent les saisir et se faire payer sur eux au même rang que les créanciers inscrits. En outre, l'acquéreur sera censé avoir payé à tort et les créanciers inscrits ou privilégiés pourront lui demander un second paiement.

En réalité de la manière dont les clauses de constitution de sequestre sont rédigées, il résulte que l'acquéreur se libère effectivement de son prix et que le sequestre le détient pour le compte du vendeur, mais grevé d'un gage au profit de l'acquéreur dont la condition est le paiement, au moyen des fonds détenus, des créanciers du vendeur et la libération du fonds vendu des charges qui le grèvent (1).

De la sorte l'acquéreur est valablement libéré et les créanciers ne peuvent plus exercer leurs droits que sur la somme déposée à titre de sequestre.

Au cas où les acquéreurs voudraient exercer leurs droits contre l'acquéreur, celui-ci n'aurait qu'à obliger le sequestre à consigner le prix à charge des inscriptions et autres charges.

(1) AMIAUD. *Traité formulaire du Notariat*. 7^e Edition. T. 5., p. 493. J. N. 1930, p. 267.

CHAPITRE SECOND

CAS DE FAILLITE DU VENDEUR

Dans le cas où la vente a eu lieu à la requête d'un syndic de faillite il est stipulé par le syndic dans le cahier des charges que les fonds provenant de la vente lui seront remis directement par l'acquéreur et il en fait la répartition aux créanciers selon leur rang de privilège.

Quand la procédure est faite à la requête d'un créancier chirographaire et que le débiteur est mis en faillite au cours de la procédure, le syndic peut intervenir et demander que les fonds lui soient remis.

Mais quand la poursuite est faite par un créancier inscrit et qu'il fait insérer une constitution de sequestre, le syndic peut-il en sa qualité de représentant de la masse se faire remettre les fonds ?

En principe non, car la procédure de la réalisation du gage est une opération extérieure à la faillite (2), mais le syndic peut employer un moyen détourné pour se faire remettre les fonds : il n'a qu'à faire une opposition au paiement du prix et ne pas donner son accord à la répartition amiable. Le sequestre sera alors obligé de consigner les fonds et dans ce cas le créancier inscrit aura intérêt à ce que les fonds soient remis au syndic pour qu'il les distribue sans ouvrir une contribution.

(2) Cass. 30 juin 1912, D. 13. 1. 181.

CHAPITRE TROISIÈME

PAIEMENT DES CONTRIBUTIONS

Avant toute chose le sequestre a le devoir de s'enquérir si des contributions privilégiées sont dûes par le vendeur, car la créance de l'Etat pour les contributions affectées d'un privilège doit être payée au percepteur sur la demande que celui-ci en fait, par tout détenteur de denier.

Une simple demande du percepteur suffit sans qu'il soit besoin pour lui de pratiquer une saisie-arrêt (article 2 de la loi du 12 novembre 1808).

Il a même été jugé (1) qu'aucune opposition qui aurait pu être faite par d'autres créanciers ne pourrait dispenser le tiers détenteur d'effectuer le paiement.

En matière de fonds de commerce il existe un conflit entre la loi de 1808 et la loi de 1909. Cette dernière dans son article 6 impose à l'acquéreur qui a reçu des oppositions de consigner le prix sur la sommation que lui fait un créancier. Cette obligation qui est conçue en termes très généraux, s'oppose-t-elle à ce que l'Administration des Contributions Directes puisse réclamer le paiement immédiat des sommes garanties par son privilège ? L'Administration maintient son pont de vue très énergiquement et affirme que, son privilège n'étant primé que par celui des frais de justice, aucun doute ne peut s'élever sur le caractère privilégié de sa créance et qu'elle doit être payée avant toute consignation.

Ces dispositions très rigoureuses peuvent causer de gros embarras au tiers détenteur, car il est obligé de se faire juge de la validité de la demande du percepteur ; il doit notamment examiner si les contributions sont encore, à raison de leur date, protégées par leur privilège et si les contributions réclamées sont assorties d'un privilège.

(1) Cass. 21 avril 1819. 20 juin 1915. 16 novembre 1915.

Sans doute la question est simplifiée depuis la loi du 30 octobre 1935 qui a unifié les privilèges du Trésor, et depuis que la jurisprudence a décidé (2) que les privilèges du Trésor devaient se classer d'après leur nature et non pas d'après leur date, ce qui permet de les faire passer avant les privilèges du créancier nanti et du vendeur non payé, quoique leur privilège ait été inscrit antérieurement à la date où celui du Trésor est né.

Cette jurisprudence est le résultat d'une longue évolution (1).

La doctrine était d'abord partagée entre deux opinions.

Certains auteurs (2) estimaient que la disposition du Code Civil (Article 2.098) disant que le Trésor ne pouvait obtenir de privilège au préjudice de droits régulièrement acquis à des tiers permettait aux créanciers ayant un privilège antérieur en date à celui du Trésor de conserver un droit acquis opposable au Trésor.

D'autres auteurs (3) pensaient au contraire que l'article 2.098 du Code Civil n'avait pour but que de rappeler le principe de la non retroactivité des lois. Par suite, c'était la qualité de la créance et non son antériorité qui devait déterminer le rang de privilège. Or la qualité de privilège du Trésor est préférable à tous autres (Sauf celui des frais de justice) étant déterminée souverainement par le législateur.

La jurisprudence formulée notamment dans un arrêt de la Cour de Cassation du 30 avril 1889 (4) se basait sur l'article 2.098 du Code Civil et avait admis que le Trésor Public ne peut obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

Cette jurisprudence a continué jusqu'à un jugement du Tribunal de la Seine, du 3 décembre 1924 confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 23 décembre 1925 (5).

Mais par un arrêt de la Cour de Cassation du 25 juillet 1925 (6) la jurisprudence a complètement changé son point de vue et considère

(1) D. H. Chronique 1934, N° 61.

(2) AUBRY et RAU, *Code de droit civil français* 5^e Ed. Tome III. § 263 bis, page 318, note 39.

(3) GUILLOUARD, *Privilèges et Hypothèques* T. II, N° 555.
LAURENT, *Privilèges et Hypothèques* XXIX. N° 320.

(4) D. P. 90-1-20.

(5) D. P. 1927 2. 86.

(6) *Gaz. du Palais*, 1925-2-565.

maintenant que l'article 2.098 du Code Civil s'entend seulement dans le sens que le principe de la non rétroactivité des lois ne permet pas au privilège du Trésor créé par une nouvelle loi de primer les droits antérieurement acquis.

Par suite il est désormais hors de doute et la jurisprudence actuelle maintient cette doctrine que le privilège du Trésor s'exerce antérieurement à cause de sa qualité et prime tous autres privilèges mêmes nés avant la publication des rôles, sauf s'ils sont nés avant la promulgation de la loi.

Mais il existe encore un cas où le privilège du Trésor est primé, c'est lorsqu'il est dû des frais de justice.

CHAPITRE QUATRIÈME

RECEPTION DES OPPOSITIONS

Les créanciers chirographaires se font connaître au moyen d'oppositions signifiées à l'acquéreur au domicile élu dans les insertions faites pour publier la vente.

Les créanciers inscrits sont connus par l'inscription de leur privilège. Ceux qui se sont inscrits antérieurement à la vente sont déjà connus au moment de la vente, puisqu'il leur a été fait sommation d'assister à l'adjudication. Mais il est possible que des privilèges aient été consentis jusqu'au moment de l'adjudication et ils ont pu être inscrits jusqu'au quinzième jour ayant suivi l'adjudication. Il faut donc lever un état des inscriptions le seizième jour après l'adjudication.

Les créanciers chirographaires ont droit de faire une opposition jusqu'au dixième jour suivant la seconde insertion. Mais l'expiration de ce délai ne leur ôte que le droit de faire une opposition en la forme simplifiée de la loi de 1909 ; ils peuvent donc jusqu'au moment où la distribution des denrées est effectuée faire une saisie-arrêt de droit commun.

Les oppositions sur le prix de vente du fonds de commerce se font en une forme spéciale en ce sens qu'il suffit que le créancier fasse par ministère d'huissier une opposition au paiement du prix en énonçant le chiffre et la cause de sa créance et en faisant élection de domicile dans le ressort du Tribunal de la situation du fonds.

Il n'est donc pas besoin si elle est faite dans le délai ni de titre, ni de permission du juge, ni de dénonciation et contre-dénonciation comme en matière de saisie-arrêt ordinaire.

Mais si l'opposition est faite par simple lettre, même recommandée, elle est nulle (7).

Dans la pratique les créanciers avant de faire les frais d'une oppo-

(7) C. de Poitiers 14 juin 1926. *J. N.* 1927, p. 249.

sition régulière écrivent au domicile élu pour signaler leur créance et demander à la personne chargée de recevoir les oppositions si elle accepte de considérer l'opposition par lettre comme régulière et dispenser par suite de la faire par ministère d'huissier.

Si la personne qui reçoit une opposition par simple lettre accepte de la considérer comme régulière, elle engage très certainement sa responsabilité envers le créancier, mais cette dispense rend-elle efficace l'opposition ?

Il ne semble pas, car la loi a imposé une forme à l'opposition pour assurer une garantie non seulement à l'opposant, mais aussi au saisi et aux intéressés, car l'huissier est obligé de s'assurer de l'existence du saisissant et l'exploit d'opposition doit contenir une élection de domicile.

Par contre, le dépositaire ne peut rejeter toute opposition faite en dehors des règles de la loi de 1909 car il n'a pas à se faire juge de la validité des oppositions (8).

(8) CÉSAR BRU, *op. cit.* 3^e Edition, page 127.

CHAPITRE CINQUIÈME

CONDITIONS NECESSAIRES POUR PROCEDER A UNE DISTRIBUTION AMIABLE

Il est nécessaire avant toute chose que le vendeur donne son consentement à la répartition, parce qu'il est le propriétaire des fonds provenant de la vente et il faut qu'il autorise le paiement des sommes qui lui sont réclamées.

Ce n'est que dans le cas où le jugement a autorisé un créancier à toucher le montant de sa créance du notaire commis qu'on peut se passer du consentement du vendeur.

Il faut en outre le consentement de tous les créanciers. Si le prix est insuffisant pour régler tous les créanciers ceux-ci peuvent contester les créances venant en concours avec la leur ou les privilèges qui les garantissent.

Si le prix est supérieur au montant des créances, la subsistance d'une seule opposition suffit pour empêcher toute distribution car d'autres oppositions peuvent survenir.

Si le tiers saisi paye la somme excédant le montant de l'opposition et ne conserve qu'une somme égale au montant de la créance du saisissant, les créanciers qui feront ultérieurement des saisies-arrêts viendront en concours avec le premier saisissant sur la somme conservée, et par suite le premier saisissant ne pourra pas toucher la totalité du montant de sa créance et pourra réclamer au tiers saisi personnellement le surplus qu'il aurait pu toucher si le tiers saisi avait gardé la totalité de la somme dont il était débiteur.

L'accord du vendeur et de tous les créanciers étant réalisé sur le projet de répartition, il est nécessaire de procéder au règlement des créanciers et d'obtenir la main-levée de l'opposition qu'ils ont faite, à un même moment, afin d'éviter que des règlements partiels soient effectués avant que tous les créanciers aient donné mainlevée.

Voici comment on procède en pratique.

On fait approuver le projet de répartition par le vendeur et tous les créanciers, et ces derniers, en même temps que leur accord, donnent mainlevée de leur opposition sous condition de paiement.

Cette répartition et cet accord peuvent se faire par acte notarié ou par actes sous seings privés, au besoin en la forme d'une lettre missive (1).

Bien entendu le dépositaire peut régler les créanciers privilégiés au mépris des oppositions, mais c'est sous sa seule responsabilité pour le cas où des créanciers chirographaires viendraient à contester la validité de ces privilèges.

S'ils ne pouvaient pas contester ces privilèges ils ne pourraient réclamer au dépositaire aucun dommage-intérêt puisqu'ils ne subiraient aucun préjudice (2).

Nous n'étudierons pas les nombreuses questions soulevées par les privilèges puisque nous envisageons uniquement le cas de distribution dans laquelle toutes les parties ont donné leur accord.

Si un créancier opposant et dont la créance est contestée refuse de donner sa mainlevée, il existe un moyen de procéder à la répartition du prix à l'exception de la somme pour laquelle le créancier a ait opposition ; c'est de procéder au cantonnement de cette saisie-arrêt ou à l'annulation de l'opposition conformément à l'article 3 de la loi de 1909.

Si le prix est inférieur au montant des oppositions et des créances inscrites et privilégiées, il est possible de demander que l'opposition soit reportée sur une somme déterminée par le juge et qui est versée à la Caisse des Dépôts.

Le vendeur peut aussi demander en référé devant le président du tribunal de commerce l'autorisation de toucher le prix malgré l'opposition. Mais dans ce cas, il faut que l'opposition ait été faite sans titre ou soit nulle en forme, et qu'il n'y ait pas une instance engagée au principal.

(1) Voir formule dans *Journal des Notaires*. 1932, page 1196.

(2) Paris, 22 avril 1927. *J. N.* 1927, page 786.

CHAPITRE SIXIÈME

ECHEC DE LA TENTATIVE DE DISTRIBUTION AMIABLE. CONSIGNATION

Lorsqu'il est impossible d'obtenir le consentement de tous les créanciers opposants et inscrits à une distribution amiable, la mission du sequestre dépositaire est terminée. Il n'a plus qu'à se libérer en versant le prix à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Il a le droit de le faire en vertu même de la clause du cahier des charges qui l'a nommé :

En outre il peut y être obligé par tout créancier en vertu de l'article 6 de la loi de 1909. Il suffit à ce dernier d'adresser au dépositaire une sommation pour que celui-ci soit obligé de consigner les fonds dans un délai de quinze jours à partir de la sommation.

Bien entendu le dépositaire n'est pas obligé de consigner la totalité du prix si une partie de celui-ci a été absorbée par une créance privilégiée, telle que les contributions ou une créance inscrite dont la réalité ne faisait aucun doute.

Cette consignation se fait au moyen du versement du prix et de ses accessoires au nom du vendeur à la Caisse des Dépôts et Consignations à Paris, dans les départements à la Trésorerie générale ou à une recette des Finances.

La consignation est faite à charge des inscriptions et oppositions.

Le déposant joint à sa déclaration de consignation les copies des oppositions régulières ou non qu'il a reçues et un état délivré par le greffe du tribunal de commerce contenant les inscriptions existant sur le fonds.

Le reçu de la Caisse des Dépôts et Consignations libère le dépositaire.

CHAPITRE SEPTIÈME

RADIATION DES INSCRIPTIONS

Comme nous l'avons dit plus haut, l'adjudication purge le fonds de commerce des inscriptions qui le grevaient, c'est-à-dire que les créanciers inscrits ne peuvent plus exercer sur le fonds de commerce, mais sur le prix, les droits que la loi attache à leur privilège.

Par suite les inscriptions existantes n'ont plus de raison d'être et il doit être procédé à leur radiation. Mais le greffier du tribunal de commerce ne peut procéder à cette radiation d'office.

Comment donc arriver à cette radiation ?

La procédure de saisie immobilière comporte deux moyens d'arriver à cette radiation.

1) L'ordonnance de libération, prévue par l'article 777 C.P.C. délivrée à la requête de l'adjudicataire et constatant que le prix est payé et que l'effet des inscriptions est reporté sur ce prix et ordonnant la radiation des inscriptions prises tant du chef du vendeur que de l'adjudicataire.

2) La procédure d'ordre en fin de laquelle il est pareillement ordonné la radiation de l'inscription.

Mais la loi de 1909 n'a pas prévu de formalités équivalentes, de sorte que même après la clôture de la contribution les inscriptions grevant le fonds subsistent.

Si l'adjudicataire veut que le fonds soit libéré de ces inscriptions, il lui est nécessaire de demander aux créanciers, ainsi qu'au vendeur la mainlevée de leurs inscriptions, ou de faire rendre un jugement ordonnant la radiation.

Conclusion

Au cours de cette étude, nous avons pu voir que bien des difficultés peuvent surgir dans la procédure de vente forcée du fonds de commerce.

Les unes proviennent de la nature même du fonds de commerce qui est une chose imprécise en fait et en droit, et en outre sujette à des transformations et à un dépérissement rapide.

On ne peut guère y obvier ; tout au plus, peut-on espérer que la doctrine et la jurisprudence arriveront à préciser un peu plus la notion de fonds de commerce.

Les autres tiennent à l'imperfection des règles de la procédure, et on peut assez facilement les prévenir.

Nous avons pour nous aider dans cette tâche l'exemple de la saisie immobilière. Sans doute, on ne peut demander que ces règles soient appliquées brutalement à la vente forcée du fonds de commerce. Ce serait alourdir une procédure, qui doit être rapide, de certaines formalités compliquées et inutiles.

Mais il semble qu'on pourrait apporter les modifications suivantes :

Attribuer au notaire seul la compétence pour procéder à la vente.

Adopter le régime de l'adjudication séparée de chaque catégorie d'éléments du fonds suivie d'une adjudication sur réunion.

Donner au jugement un effet suspensif de la résiliation du bail.

Rendre le fonds inaliénable dès que le jugement ordonnant la vente est passé en force de chose jugée et inscrire cette inaliénabilité dans un registre spécial et public au greffe du tribunal de commerce.

Fixer un délai pour procéder à la vente.

Augmenter les délais des sommations aux créanciers inscrits et au propriétaire du fonds, et de la publicité.

Obliger les intéressés à formuler leurs dires et observations à peine de forclusion avant un certain délai précédant l'adjudication, de manière que toutes les contestations puissent être jugées avant l'adjudication.

Ces quelques mesures sans nuire à personne, donneraient plus de force et de valeur aux privilèges de vendeur et de nantissement et rendraient la procédure de vente forcée moins fertile en incidents sans toutefois la ralentir.

Il ne suffit pas de rendre des biens susceptibles de gage ; il faut que la procédure de leur réalisation permette de les saisir en entier et par des moyens simples et rapides. Ce n'est que par la procédure de la réalisation que vaut un gage.

Le Président de la Thèse : Vu, *le Doyen de la Faculté :*

HAMEL.

E. ALLIX.

Vu et permis d'imprimer.

Le Recteur de l'Académie de Paris :

S. CHARLÉTY.

Bibliographie

- PLANIOI. — *Traité élémentaire du droit civil*. Edition 1923.
- WAHL. — *Traité théorique et pratique de droit commercial*. Edition 1922.
- E. GARÇONNET et Ch. CÉZAR BRU. — *Précis de procédure civile*. Edition 1923.
- Ch. CÉZAR BRU. — *Théorie et pratique des voies d'exécution*. Edition 1927.
- GLASSON. — *Précis de procédure*.
- MONTIER et FAUCON. — *De la vente et du nantissement du fonds de commerce*. Edition 1934.
- BUISSON Albert. — *Le statut légal du fonds de commerce*. Edition 1934.
- BOUTAUD et CHABROL. — *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*.
- CHARVET. — *Traité pratique et formulaire du fonds de commerce*. Edition 1932.
- ROBIN. — *Du droit des créanciers inscrits sur le fonds de commerce*. Thèse, Paris 1929.
- CENDRIER. — *Le fonds de commerce*. Edition 1930.
- PLANIOI, RIPERT, HAMEL, PERREAU. — *Traité pratique du droit civil français*, tome 10.
- FUZIER-HERMANN. — *Répertoire général alphabétique du droit français*.
- AUBRY et RAU. — *Cours du droit civil français*. 5^e édition.
- Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. DALLOZ.
- Juris-Classeurs*. — *Le fonds de commerce*.
- Répertoire du Notariat et de l'Enregistrement* (DEFRENOIS).
- Journal des Notaires et des Avocats*.

Table des Matières

<i>Introduction</i>	5
PREMIÈRE PARTIE. — <i>Etude du jugement ordonnant la vente</i>	9
<i>Chapitre I.</i> — Contenu du jugement	10
Section 1. — Dispositions essentielles	10
§ 1. Le jugement ordonne la vente	10
§ 2. Délai pour procéder à la vente	10
§ 3. Commission de l'officier public	12
§ 4. Mises à prix	17
A. Mise à prix globale	17
B. Mise à prix globale avec fixation des quotités	18
C. Mise à prix pour chaque élément	18
D. Mise à prix des éléments incorporels avec reprise à dire d'expert ou prix de facture des éléments corporels	18
E. Mise à prix pour chaque élément avec nouvelle adju- dication sur réunion	23
Section 2. — Dispositions facultatives	25
§ 1. Nomination d'un administrateur provisoire	25
§ 2. Autorisation au poursuivant de toucher le prix à concur- rence de sa créance	27
§ 3. Fixation de la publicité extraordinaire	28
§ 4. Dépens	28
§ 5. Fixation des conditions principales de la vente	28
<i>Chapitre II.</i> — Effet du jugement. Significations. Voies de recours.	30
Section 1. — Effet du jugement	30
§ 1. Le fonds de commerce ne devient pas indisponible	30
§ 2. Conflit entre le poursuivant et le tiers détenteur	32
§ 3. Adjudication prononcée malgré une vente antérieure	35
§ 4. Le jugement n'empêche pas la faillite	37
§ 5. Effet du jugement sur les poursuites du créancier et l'ac- tion en résolution du bail	37
Section 2. — Signification. Voies de recours	39

DEUXIEME PARTIE. — *Formalités préalables à l'adjudication* 41

Chapitre I. — Rédaction du cahier des charges 41

Section 1. — Rôle et pouvoir de l'officier public commis 41

Section 2. — Désignation du fonds à vendre 44

§ 1. Sources de renseignements 45

§ 2. Eléments à comprendre dans le fonds 46

Section 3. — Contenu du Cahier des charges 52

§ 1. Enonciation du jugement 52

§ 2. Fixation des lieu et date de l'adjudication 53

§ 3. Enonciation des parties en cause 53

§ 4. Enonciation du fonds à vendre 53

§ 5. Conditions habituelles du cahier des charges 53

Section 4. — Continuation des contrats relatifs au fonds 63

§ 1. Bail 64

§ 2. Bail avec promesse de vente 65

§ 3. Location vente 66

§ 4. Marchés 71

§ 5. Contrats de Brasserie 74

Chapitre II. — Publication du cahier des charges 80

Section 1. — Sommation aux titulaires des droits réels 80

Section 2. — Publicité 85

Section 3. — Incidents 85

§ 1. Incidents de nullité 85

§ 2. Dires et revendications 87

§ 3. Subrogation aux poursuites 89

§ 4. Exercice de l'action résolutoire 91

§ 5. Mise en faillite du propriétaire du fonds 92

TROISIEME PARTIE. — *L'adjudication.*

Chapitre I. — Formes de l'adjudication 93

Chapitre II. — Effets de l'adjudication 96

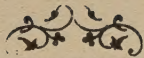
Chapitre III. — Expertise des éléments corporels 99

Chapitre IV. — Formalités postérieures à l'adjudication 101

Chapitre V. — Folle enchère 102

QUATRIEME PARTIE. — *Païement et répartition du Prix.*

<i>Chapitre I.</i> — Le sequestre dépositaire du prix	106
<i>Chapitre II.</i> — Cas de faillite du vendeur	108
<i>Chapitre III.</i> — Paiement des contributions	109
<i>Chapitre IV.</i> — Réception des oppositions	112
<i>Chapitre V.</i> — Conditions nécessaires pour procéder à une répartition amiable	114
<i>Chapitre VI.</i> — Echeç de la tentative de distribution amiable. Consigna- tion	116
<i>Chapitre VII.</i> — Radiation des inscriptions	118
<i>Conclusion</i>	118
<i>Bibliographie</i>	120



Imprimerie « LES PRESSES MODERNES », 96, Galerie Beaujolais

